
Estratto dal Vol. XXIII degli Studi nelle scienze giuridiche e sociali
pubblicato dall' *Istituto di esercitazioni*
presso la Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Pavia

PAVIA - TIPOGRAFIA già COOPERATIVA - 1938 (XVI)

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA R. UNIVERSITÀ DI PAVIA

RELAZIONE SUL PROGETTO DI RIFORMA
DEL II LIBRO DEL CODICE CIVILE



Depositaria: Libreria Internazionale F.lli Treves

Ufficio presso la R. Università di Pavia

1938 - XVI

Eccellenza,

La Facoltà giuridica della R. Università di Pavia, invitata ad esaminare il progetto del libro II del codice civile, sente di non poter enunciare i suoi rilievi senza aver espresso il suo vivo compiacimento per l'assidua ed alacre opera svolta dalla Commissione di riforma al fine di dettare una disciplina delle cose e dei diritti reali consona al progresso scientifico e alle moderne esigenze sociali: da questo punto di vista è apparso altamente meritorio lo sforzo di assicurare meglio la certezza dei diritti (la quale in ordine agli atti o traslativi o costitutivi dei diritti reali immobiliari si è ottenuta attribuendo efficacia reale alla trascrizione), nonchè di colmare le lacune più notevoli del codice vigente, regolando magari interi istituti lasciati finora nell'oblio com'è ad esempio quello della comunione familiare.

La Facoltà peraltro deve osservare che non sempre il progetto esce vittorioso dal confronto con l'attuale codice, sia in linea politica, sia soprattutto in linea di tecnica legislativa, il che probabilmente dipende dal sistema di lavoro seguito dai commissari. Se è vero quanto appare a chi legge con una certa cura gli articoli proposti e le relazioni, che il compito di redigere uno o più dei vari titoli è stato diviso tra i vari componenti della Commissione, è ovvio che nell'assolvere tale incarico ognuno di loro si sia lasciato dominare — magari inconsciamente — dal proprio temperamento di studioso ed abbia spesso ceduto alla lusinga di attuare le proprie convin-

zioni scientifiche: nulla di più normale che quanto più eccelse erano le qualità di giurista dei singoli redattori, tanto meno facile ed opportuno doveva sembrare agli altri commissari discutere efficacemente le svariate proposte, sicchè si è giunti in definitiva a comporre non un progetto organico di un solo libro, concepito e redatto in maniera unitaria, ma tanti progetti assai dissimili tra loro, riuniti per affinità di materia in un unico libro.

È agevole invero notare che l'opera della Commissione è stata volta a volta dominata da quattro tendenze fondamentali, che, per accordarsi male tra loro, hanno conferito al progetto la sua peculiare caratteristica di costituire un insieme di norme scarsamente coordinate, il che spiega come esso non abbia suscitato un eccessivo entusiasmo.

V'è stato infatti chi ha creduto che la riforma dovesse essere totalitaria, in maniera di sostituire alle norme vigenti un complesso di regole dettate *ex novo*, le quali poi si sono dimostrate fornite di tutti i pregi possibili all'infuori di quello della novità: *a)* perchè è assai difficile che, nel disciplinare rapporti giuridici assestati da secoli come sono quelli che concernono i diritti reali, non si scambi per nuova qualche soluzione abbandonata da tempo; *b)* perchè è troppo logico che i commissari dotati più degli altri di ampia e sicura dottrina storica abbiano creduto che il massimo progresso da raggiungere consistesse nel riportare qualche istituto nel quadro del diritto giustiniano se non addirittura del diritto romano classico, com'è accaduto per l'enfiteusi o per il possesso di buona fede o la comunione familiare. L'indole della prima è stata invero profondamente mutata perchè dal sistema odierno, per cui l'utilista è il vero proprietario del fondo, si è tornati di colpo al sistema romano in cui il concedente era ritenuto proprietario e l'enfiteuta si diceva titolare di un *ius in re aliena* magari complesso, ma sostanzialmente nella sua struttura analogo a quello che compete al titolare di una servitù

prediale. Ora, non si nega che questa concezione possa essere pregevole al pari di quella contraria, ma è altrettanto facile osservare che se attraverso uno sforzo secolare da parte dei giuristi si è accolta prima la teoria del doppio dominio, il diretto e l'utile, e poi la teoria moderna che attribuisce all'enfiteuta un vero e proprio diritto di proprietà, sia pure gravata dall'onere di pagare il canone e di migliorare il fondo, debbono esservi state ragioni plausibili per imporre il cambiamento, delle quali è assai pericoloso non tenere conto quando in base alle proprie convinzioni scientifiche (condivise da una minoranza di scrittori) si propone il ritorno all'antico: è infatti da temere che la persistenza delle medesime ragioni possa indurre i giuristi a tentare la stessa opera compiuta nel diritto comune, nel quale caso la riforma del codice civile, almeno per questo titolo, rischia di diventare esiziale. Anche in ordine al possesso di buona fede si è tornati all'antico, essendosi stabilito ad es. che per fare i suoi frutti prima della domanda giudiziale di rivendica, il possessore non debba essere munito di un titolo, quand'anche viziato, ma basti che ignori di ledere l'altrui diritto (art. 541), e in tema di comunione familiare si è andati ancora più indietro perchè con l'art. 337 si è dettata una norma che ricorda l'antica *apokeryxis*, la quale già da Diocleziano e Massimiano era stata interdetta siccome contraria al pensiero dei romani (cost. 6 Cod. *de patr. pot.* 8, 46), senza dimostrare con argomenti persuasivi che ci si debba ora riannodare ai greci.

Altri commissari, invece, hanno fatto consistere la loro opera nel lavoro non appariscente ma più meritorio di lasciare inalterata l'ossatura del sistema vigente ma di migliorarlo nei punti in cui esso si è dimostrato disadatto a soddisfare i bisogni della pratica: così ad es. nei titoli delle ipoteche o della comunione si è attuato un sensibile miglioramento del codice odierno.

Or basta riflettere alla coesistenza nello stesso progetto

di queste due tendenze per comprendere come esso sia disorganico: si può invero benissimo ritornare al sistema giustiniano o anche romano-classico (per lo meno in linea teorica) o rimanere nell'ambito del diritto moderno, ma non sembra consigliabile seguire nello stesso tempo queste due correnti, solo perchè esse fanno capo ad alcuni dei più autorevoli componenti della commissione.

Ma, anche ammessa l'opportunità di proporre una riforma radicale di qualche titolo, la quale sembri più rispondente alle esigenze odierne della scienza o della rinnovata vita sociale, e di limitarsi per qualche altro a modificare singole norme che per difetto di tecnica determinano oggi dubbi di interpretazione da cui hanno origine le controversie più frequenti e più complesse, sarebbe stato utile cercare di evitare con la massima cura le disarmonie che sarebbero sorte tra le varie norme in dipendenza non solo della diversità di questi due principi informatori della riforma, ma anche della sostanziale differenza di mentalità, di cultura, di propositi dei singoli redattori la quale si è ripercossa in maniera tanto accentuata sulla formazione del progetto da renderlo non esente da contraddizioni, della più varia natura.

Vi è stato infatti chi ha creduto più opportuno di regolare la materia in maniera così minuziosa, che a volte si ha l'impressione di essere di fronte: *a)* ad un regolamento e non ad una legge, come accade in ordine all'enfiteusi per la quale sono stati proposti 44 articoli invece dei 12 attuali; *b)* ad un sistema assai più complicato dell'odierno, com'è ad es., quello che riguarda il possessore di buona fede, il quale dev'essere fornito di un titolo per acquistare *a non domino* le cose mobili immediatamente e le immobili in 5 anzichè in 10 anni, ed in mancanza di titolo può diventare proprietario delle cose mobili in tre anni anzichè nel termine ordinario, ma non può giovare della sua buona fede per usucapire in meno di 10 e in più di 5 anni la proprietà di un immobile.

Altri invece ha obbedito così fortemente al deliberato proposito di semplificare la materia, che non ha esitato a proporre una disciplina schematica, magari sopprimendo intere figure giuridiche senza una ragione plausibile. Così, ad es., si è creduto di potere riassumere nel concetto di pertinenza le cose che il codice dichiara mobili o immobili per destinazione o determinazione della legge; così è stata attribuita la qualifica di possessore anche al detentore; così, nel dare una serie di definizioni delle cose corporali o incorporali, non solo si è omesso di parlare di quelle indivisibili e divisibili (cui si allude poi nell'art. 523), ma si è rigettata volutamente la distinzione tradizionale tra i diritti mobiliari e immobiliari, in base alla semplice osservazione che i diritti per loro natura non possono essere mobiliari o immobiliari, senza riflettere abbastanza che la distinzione tra i diritti è dai tecnici ritenuta non solo fondata e necessaria ma anche insopprimibile come quella delle cose, sia pure a determinati effetti o sostanziali o processuali: quando infatti l'art. 420 enumera tra i beni capaci d'ipoteca le cose immobili, l'usufrutto e l'enfiteusi, comprende da un lato una cosa e dall'altro alcuni diritti i quali non possono essere che immobiliari perchè se avessero carattere mobiliare sarebbero in linea di principio oggetto di pegno e non d'ipoteca. Ancora: dei mobili si è fatta una sola categoria (art. 6), come se tutti fossero della stessa natura, senza riflettere che oggi molti di essi, come sono le navi ed i veicoli a motore, sono stati assoggettati a un regime simile e a volte identico a quello degli immobili, tanto è vero che è possibile gravarli di ipoteca sia pel diritto vigente (es. art. 1967 n. 4 cod. civ.; art. 9 R. decreto legge 20 agosto 1923 n. 2207; art. 2 R. decreto legge 15 marzo 1927 n. 436; art. 15 e seg. R. decreto legge 5 luglio 1928 n. 1811) sia pel progetto (art. 422). Perchè non si è tenuto conto di questa creazione del diritto moderno e si è spinta la mania della semplificazione fino a sopprimere un'intera categoria e non la meno impor-

tante? Si può anche intendere che si voglia eliminarla, ma, siccome la realtà è più forte dell'arbitrio dei giuristi, si corre in tal modo il rischio di vederla poi risorgere in base a leggi speciali, non foss'altro che per dirimere il dubbio, cui il silenzio del progetto dà origine, se le automobili o le aeronavi o le rendite sopra lo Stato o le navi siano suscettibili, al pari delle altre cose mobili, di essere acquistate col possesso di buona fede fondato su titolo viziato.

Se le precedenti considerazioni sono esatte, appare chiaro che il progetto del libro II debba essere sottoposto ad una meditata revisione, necessaria specialmente in ordine alla formulazione delle norme ⁽¹⁾ e alla concordanza tra loro, sia al fine di evitare l'inconveniente che casi identici o simili siano regolati in maniera diversa a seconda della materia ⁽²⁾, sia allo scopo di eliminare alquante contraddizioni inspiegabili o di risolvere problemi fortemente controversi sotto l'impero del codice odierno e lasciati insoluti senza una ragione persuasiva.

Ai rilievi di carattere generale suesposti la Facoltà ritiene opportuno far seguire alcune osservazioni su determinati articoli, dolente di non aver potuto — per la brevità del tempo concessole — estendere il suo esame particolareggiato all'intero progetto.

⁽¹⁾ Sia lecito raccomandare di correggere le sconcordanze grammaticali in cui si è incorsi, scrivendo ad es. nell'art. 11 "enti pubblici territoriali che abbiano „, mentre il relativo concerne non gli enti ma le cose di proprietà pubblica; - nell'art. 22 al. 1 "cosa altrui attuandone l'esercizio „, mentre il "ne „ riguarda il diritto sulla cosa d'altri; - nell'art. 272 al. 2 "in questo caso, semprechè ne sia perita una parte notevole „, mentre il "ne „ si riferisce al fondo; - nell'art. 533 al. 1 "alienate cose nobili o titoli al portatore „, invece di "alienati „, nonchè "in questo momento egli era in buona fede „, in luogo di "è „ (in questo comma vanno inoltre rettificati gli incisi di cui fanno parte il secondo e il terzo "ne „ che non concordano regolarmente); - nell'art. 578 "titolo ... debitamente trascritto, ne compie la prescrizione „, mentre il "ne „ concerne la proprietà o il diritto reale.

⁽²⁾ Siccome nel progetto del codice di procedura si prevede la trascrizione dell'atto di pignoramento e non del precetto, bisognerebbe tener conto di tale mutamento nel rivedere il titolo delle ipoteche.

Art. 2

È considerata come cosa unica la collettività di più cose riunite insieme per un determinato scopo che imprima ad esse un carattere unitario.

Non si comprende perchè non si sia chiarito se ciò avvenga a tutti gli effetti o no, e in modo speciale se la proprietà dell' *universitas rerum* sia suscettibile di essere acquistata immediatamente *a non domino* mediante il possesso di buona fede fondato su titolo viziato: il dubbio sorge dal fatto che nell'art. 533 si è soppresso l'inciso del nostro art. 707 che esclude tale modo di acquisto per la universalità di mobili.

Art. 9

Pertinenze sono le cose che, secondo la comune opinione, sono destinate in modo permanente al servizio di un'altra cosa ed effettivamente applicate al suo servizio.

Tale applicazione deve essere fatta dal proprietario dell'una e dell'altra cosa.

Le pertinenze seguono la sorte delle cose a cui sono destinate, ma il proprietario, salvi i diritti dei terzi, può farne oggetto di separati rapporti giuridici.

Se, per aversi pertinenza, l'unica volontà decisiva è quella del proprietario (al. 2) quale peso potrebbe mai avere la « comune opinione » (al. 1) sulla destinazione di una cosa al servizio di un'altra?

Ma, anche ammesso in via d'ipotesi che l'al. 1 — difettoso fra l'altro nella dizione cui è preferibile quella dell'art. 413 pr. cod. civ. — debba rimanere inalterato, non si comprende come mai le cose destinate « in modo permanente » al servizio di un'altra siano suscettibili di essere oggetto di « separati » rapporti giuridici (al. 3).

Si osserva inoltre che, mentre nell'al. 2 si dà al solo « proprietario » la possibilità di applicare l'una cosa all'altra, a pag. 8 della Relazione si parificano a lui l'enfiteuta e il possessore di buona fede e si dichiara di voler lasciare inso-

luta la questione se al proprietario debbano equipararsi l'usufruttuario e il locatore. Ora, siccome i lavori preparatori hanno ben scarsa influenza sull'interpretazione della norma, è ovvio desumere che l'al. 2 così com'è scritto non si potrà mai applicare all'enfiteuta, che nel progetto non è considerato come proprietario, nè al possessore di buona fede rispetto a cui si dovrebbe inoltre discutere se agli effetti dell'art. 9 debba essere o non munito di un titolo: se invece si ritiene che l'al. 2 vada esteso anche all'enfiteuta o al possessore di buona fede, perchè non dirlo? E non sembra poi strano lasciare o implicitamente o, peggio, di proposito questioni insolute nel proporre la riforma di un codice?

Art. 11

Cose di proprietà pubblica sono quelle immobili appartenenti allo Stato o a altri enti pubblici territoriali che abbiano l'attitudine a usi di pubblico generale interesse o siano destinate alla difesa nazionale oppure siano dalla legge considerate come parte della proprietà pubblica.

La dizione dell'articolo è sembrata censurabile, sia perchè parlare di enti pubblici territoriali può alimentare in qualche interprete capzioso il dubbio se ad es. anche le associazioni sindacali possano avere cose di pubblica proprietà, le quali dovrebbero invece competere soltanto ai c. d. enti autarchici, sia perchè il criterio distintivo tra cose di proprietà pubblica o privata non è dei più chiari: la destinazione per es. concerne soltanto la difesa nazionale? e, se è così, in che la difesa nazionale differisce dall'uso di generale interesse? Ancora: qual'è la legge cui si allude — e in maniera superflua — nell'ultima parte? Sarà la legge anteriore al futuro codice, nel qual caso non potranno comprendersi tra le cose di pubblica proprietà le miniere di cui nel progetto si parla incidentalmente (per es. negli art. 123 e 281), oppure sarà la legge promulgata eventualmente dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, nel qual caso non si saprà con precisione quale sia

pel progetto il regime delle miniere? Non si capisce inoltre perchè si sia accolta la teoria meno diffusa ⁽¹⁾, e cioè che le sole cose immobili possano formare oggetto di proprietà pubblica, disconoscendosi i risultati cui si è giunti, non senza lotta, per dichiarare demaniali anche cose mobili come gli incunabili delle biblioteche, i quadri e le statue delle gallerie d' arte ⁽²⁾.

Art. 16

Sono reputate cose di proprietà pubblica gli edifici destinati esclusivamente all'esercizio pubblico del culto.

È apparso dubbio se la norma si estenda egli edifici di tutti i culti ammessi, come deriva dalle generalità della dizione, o ai soli edifici della Chiesa cattolica, come risulta invece a pag. 15 della Relazione: nel primo caso non riesce chiaro il motivo di rendere di proprietà pubblica ad es. le sinagoghe che ora sono di proprietà privata; nel secondo caso è lecito il timore che si vada persino più in là del diritto canonico, il quale ammette la proprietà privata per chiese ecc., salva la destinazione al culto pubblico.

Art. 17

Per il mutamento di destinazione e per la conseguente alienabilità delle cose indicate nell'articolo precedente si osservano le norme delle leggi che le riguardano.

Basta il mutamento della destinazione per rendere alienabili gli edifici del culto? se non è così, perchè si parla di « conseguente » alienazione? e, in ordine al codice di diritto canonico, che disciplina il regime della chiesa, è corretto parlare di « leggi » come se si trattasse di norme statuali?

⁽¹⁾ Cfr., da ultimo, GUICCIARDI, *Demanio* pag. 24 e seg.

⁽²⁾ Cfr., ad es., N. STOLFI, *Diritto civile* I, 2, n. 733 e seg.

Art. 18

La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, in conformità della funzione sociale del diritto stesso.

Il proprietario deve inoltre osservare i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti ed i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa.

Quando si impone da un lato al proprietario di esercitare il suo diritto « in conformità della funzione sociale » del dominio, e gli si ordina dall'altro di osservare « inoltre » limiti *ex lege*, nonchè di tollerare l'azione o l'ingerenza della pubblica autorità e finanche dei terzi (art. 19) e di non compiere atti di emulazione (art. 25 al. 2), vien fatto di chiedersi a quale fonte occorrerà far capo al fine di stabilire la funzione sociale della proprietà: siccome la norma è muta al riguardo, si corre l'alea di dover dipendere dall'apprezzamento, per sua natura variabile e pur sempre arbitrario del giudice, il che sembra grave specie a chi pensi al carattere assoluto del dominio, che anche secondo il progetto costituisce il diritto reale per eccellenza. Or se, dati gli art. 19 e 25 cap., è assai attenuato il diritto del proprietario di godere e disporre « in modo esclusivo » della cosa sua, è lecito temere che questo inciso della definizione sia destinato a non avere senso ove mai il *dominus* dovesse inoltre preoccuparsi della funzione sociale del suo diritto senza riuscire a comprendere con precisione in che cosa essa consista.

In ogni caso la formulazione della norma dev'essere riveduta: la parola « diritto » usata al fine dell'al. 1 allude alle facoltà concesse al proprietario e indicate all'inizio del comma con la frase « diritto di godere e disporre » oppure — come sembra più proprio — al *jus dominii*? è poi corretto linguisticamente attribuire al verbo « osservare » il significato di « rispettare »? è indispensabile dire espressamente che il proprietario non deve violare i diritti (reali) già sorti a favore dei terzi? Dato poi che l'uso sociale del diritto costituisce

un'esigenza sentita in linea generale, è prudente imporlo al solo proprietario, come se si volesse lasciare arbitri l'usufruttuario, l'enfiteuta, l'usuario, ecc., di occuparsi e preoccuparsi unicamente del loro personale interesse?

Art. 19

Il proprietario non può escludere o respingere l'azione o l'ingerenza sulla propria cosa da parte della pubblica autorità, quando sia determinata da un interesse generale ed esercitata nei casi e con le forme prescritte dalle leggi, salvo il diritto ad indennizzo per danno a lui cagionato.

Neppure è autorizzato a respingere l'azione o l'ingerenza del terzo, se essa sia imposta dalle necessità di rimuovere un grave pericolo attuale ed imminente, sempre che il danno minacciato sia superiore al pregiudizio che si arreca al proprietario, e salvo anche in tal caso il diritto ad un'equa indennità.

Il primo comma è superfluo, bastando le leggi amministrative a legittimare l'intervento della pubblica autorità, e il secondo comma è pericoloso, dato soprattutto il carattere generico della norma. non chiarita a sufficienza a pag. 19 della Relazione.

Art. 20

Nessuno può essere costretto a cedere in tutto o in parte la cosa di sua proprietà od a permettere che altri ne faccia uso, se non per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata e premesso il pagamento di una giusta indennità.

Le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di espropriazione per pubblica utilità sono determinate da leggi speciali.

Il secondo comma rende superflue le parole « se non per causa ... indennità » del primo.

Art. 21

Il proprietario della cosa ha il diritto di rivendicarla da qualunque possessore, che non abbia nei suoi confronti titolo per ritenerla.

La rivendicazione può intentarsi anche contro colui che abbia cessato di possedere dopo notificata la domanda giudiziale.

L'azione può promuoversi anche quando la cessazione del possesso prima della notificazione della domanda sia avvenuta dolosamente.

In entrambi i casi il convenuto è tenuto a recuperare la cosa a proprie spese per farne la restituzione al proprietario, e, se ciò non sia possibile, a pagarne il valore oltre al risarcimento del danno.

Il proprietario ha tuttavia il diritto di rivendicare la cosa dal nuovo possessore, e nel caso che l'ottenga, deve restituire al primo possessore il valore che abbia ricevuto o, se la cosa sia diminuita di valore, il minor valore recuperato.

Il primo comma è sembrato nettamente inferiore all'art. 439 al. 1 cod. civ.: a) perchè non menziona il detentore accanto al possessore, pel solo motivo che nel titolo del possesso non si parla di detentore per indicare chi ha il potere di fatto sulla cosa senza l'*animus domini*: prima di modificare l'art. 439 al. 1 occorre chiedersi se sia giustificato dare alla parola possessore un significato così ampio e generico da obbligare i giuristi a sceglierne qualche altra per distinguere il possessore *animus domini* e quello *nomine alieno*, i quali non hanno gli stessi diritti od obblighi e quindi non possono avere lo stesso nome. Or se di questo non si può e non si deve dubitare, e se detentore è la parola tradizionale per indicare il possessore *nomine alieno*, è preferibile riprodurre l'art. 439 al. 1 senza alcun mutamento; b) perchè la frase finale o è lapalissiana, e quindi può sopprimersi senza danno, o è assurda e allora dev'essere modificata: è lapalissiana se il titolo provenga dal rivendicante o sia di quelli su cui in linea eccezionale si fonda il valido acquisto *a non domino*; è assurda se il titolo provenga da un terzo e non abbia dato causa all'acquisto della cosa favore del convenuto in revindica.

Il secondo comma sembra poco corretto: se l'azione si intenta con la domanda giudiziale e questa è diretta al possessore o detentore, la perdita del possesso voluta o sofferta posteriormente dal convenuto concernerà soltanto la possibilità di continuare o meno il giudizio nei suoi riguardi, ma non può per ovvie ragioni logiche riguardare la domanda giudiziale che ha già aperto il processo.

Il terzo comma è alquanto strano: come può rivendicarsi

una cosa da chi non la detiene più? Nè, per giustificare il 2° e il 3° alinea, giova notare che si può permettere la revindica contro quegli che *dolo desiit possidere*, giusta l'esempio del diritto romano (così la Relazione, pag. 20) perchè la riforma del codice vigente implica non il ritorno al diritto romano, specie quando ce ne siamo allontanati e non senza buone ragioni, ma la soluzione dei problemi che interessano noi e che non si possono lasciare in sospenso: sarebbe stato quindi più utile dirimere la questione, oggi dibattutissima, se verso l'acquirente di cose mobili *post litem motam* abbia efficacia la sentenza che accoglie la domanda di revindica o se l'attore abbia soltanto il ricorso all'art. 21 al. 5, questione che in ordine agli immobili è risolta dal progetto nel titolo della trascrizione.

Il quinto comma dev'essere modificato, rispetto alle cose immobili, per coordinarlo con l'art. 367 n. 1, giusta il quale la sentenza ha efficacia anche nei confronti di chi abbia acquistato a titolo particolare la cosa controversa dopo la trascrizione della domanda di revindica.

Art. 22

Contro chi vanti un diritto sulla cosa altrui attuandone l'esercizio contro la volontà del proprietario, questi può agire per ottenere che sia dichiarato inesistente il diritto preteso e sia fatto cessare l'illegittimo esercizio di esso.

La prova del diritto è a carico di chi ne afferma l'esistenza.

Il convenuto può essere condannato anche al risarcimento dei danni.

La norma potrebbe essere cancellata perchè, contenendo ovvie applicazioni di principi generali pacifici (ammissibilità dell'azione di accertamento negativo, onere della prova, ecc.), è quanto meno superflua se non dannosa: difatti il richiedere l'esercizio del preteso diritto come condizione per agire può ostacolare l'azione di accertamento in casi singoli in cui essa risponda a un interesse degno di tutela. Tanto più superflua

appare la disposizione in quanto la negatoria *stricto sensu* è disciplinata dall'art. 265 al. 3 con maggiore larghezza che nell'art. 22 al. 1.

Se invece si ritenesse opportuno mantenere l'art. 22, bisognerebbe migliorarne anche la dizione, evitando di ripetere a breve distanza la parola « contro ».

Art. 25 al. 2

Il proprietario può fare sopra il suolo qualsiasi costruzione, piantagione od altra opera nei limiti consentiti dalla legge e dai regolamenti, salvi sempre i diritti spettanti ad altri. Egli però non può fare od imprendere opera alcuna, che rechi pregiudizio ad altri senza utilità propria.

Merita di essere tolta l'ultima proposizione, implicita nella parte precedente, se si ritenga che « pregiudizio » in senso giuridico presuppone lesioni di diritti.

Art. 101

Chi nei casi previsti nei precedenti articoli perde la proprietà di ciò che è stato da lui incorporato può pretendere da chi ne ha tratto profitto un'indennità corrispondente alla somma che risulta minore tra l'aumento di valore recato alla cosa a cui avvenne l'unione e la perdita da lui sofferta. Se l'incorporazione non fu opera sua, può domandare una somma corrispondente all'aumento di valore recato alla cosa o alla perdita da lui sofferta, oltre il risarcimento del danno se vi fu mala fede o colpa grave nell'autore dell'incorporazione.

Chi recupera la cosa o la materia adoperata senza il suo consenso ha il diritto di essere rimborsato delle spese del recupero. Può inoltre chiedere il risarcimento dei danni se vi fu colpa nell'autore dell'incorporazione.

A parte il rilievo che negli art. 99 e 100 si parla di unione o mescolanza di cose diverse, mentre nell'art. 100 al. 1 si allude all'incorporazione di una nell'altra epperò non sembra giustificata la frase iniziale del 1° comma, non si comprende perchè questo esiga la mala fede o la colpa grave per accordare il diritto al risarcimento del danno mentre nell'al. 2 si richiede la semplice colpa.

Art. 109 al. 1

Le isole ed unioni di terra che in qualunque modo, anche per avulsione, si formano nel letto dei fiumi o torrenti, siano o non navigabili o atti al trasporto, appartengono allo Stato.

Perchè debbono appartenere allo Stato tutte le isole o unioni di terra che si formano per avulsione, e ciò anche quando sorgano nei corsi d'acqua privati?

Art. 134 al. 2

Nel caso di locazioni di immobili stipulate dall'usufruttuario, la cui durata ecceda il termine dell'usufrutto, il proprietario che non intenda rispettarle, deve dare disdetta osservando i termini previsti dalla legge o dalle consuetudini. In ogni caso trattandosi di fondi rustici, la disdetta deve essere data almeno sei mesi prima dell'inizio dell'annata agraria.

L'art. 403 al. 1 cod. civ., che obbliga il proprietario a rispettare pel quinquennio in corso le locazioni ultraquinquennali consentite dall'usufruttuario, sembra più equo dell'art. 134 al. 2 che invece fa dipendere da un evento aleatorio com'è il decesso di una delle parti la fine dei contratti di locazione: ciò può produrre gravi ed irreparabili danni quante volte il conduttore abbia impiegato notevoli capitali nella coltivazione dei campi e si veda interdetto per volontà del proprietario lo sfruttamento sperato. Nè la norma si può giustificare in maniera razionale, come si legge a pag. 69 della Relazione, in base al principio « *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis* », sia perchè mentre è certo che esso concerne i diritti reali è invece dubbio se riguardi anche i personali, sia perchè la consolidazione non si può equiparare alla risoluzione: quando il contratto venne stipulato, nessuno all'infuori dell'usufruttuario poteva conchiuderlo, epperò non si capisce per qual motivo il conduttore debba vedere svanire un diritto su cui aveva contato sol perchè la controparte è morta; quando invece si verifica ad es. la condizione risolutiva, è ovvio che

debbano cadere le locazioni consentite *medio tempore* dal proprietario perchè per l'efficacia retroattiva della condizione costui s'intende non aver avuto *ab initio* nessun diritto sulla cosa.

Art. 145

Il proprietario può pretendere che l'usufruttuario assicuri la cosa, per tutta la durata dell'usufrutto, contro i rischi dell'incendio o di altri infortuni.

L'onere del pagamento dei premi incombe all'usufruttuario.

Quid se l'usufruttuario non assicuri la cosa o non paghi i premi puntualmente? Dato il silenzio dell'art. 173, il proprietario non potrebbe pretendere che l'usufrutto sia dichiarato estinto per abuso, e d'altronde non potrebbe procedere lui stesso alla conclusione del contratto data l'infungibilità del consenso: gli basterebbe il ricorso, in base ai principii, all'ordinaria azione di risarcimento del danno?

Il capovero inoltre non è sembrato equo a qualcuno: essendosi notato che, siccome è innegabile che dell'assicurazione della cosa profitta anche il nudo proprietario, sarebbe conveniente dividere tra lui e l'usufruttuario l'onere di pagare i premi.

Art. 162 al. 1

L'usufruttuario di una eredità o di una quota di eredità deve soggiacere per intero, o in proporzione alla sua quota, al pagamento delle annualità e degli interessi dei debiti o legati, di cui il patrimonio è gravato, al momento dell'apertura della successione.

Bisognerebbe, al fine di risolvere una recente disputa ⁽¹⁾, precisare se l'usufruttuario sia responsabile del pagamento degli interessi e delle annualità verso il nudo proprietario — come sembra preferibile — o verso il creditore.

⁽¹⁾ Cfr., in senso opposto, Cass. Regno 21 marzo 1930 (*Foro it.*, 1930, I, 762); App. Bologna 27 luglio 1936 (*id.*, 1937, I, 559).

Non riesce chiaro inoltre perchè il progetto si sia limitato a riprodurre, nell'art. 162 al. 1, l'art. 509 al. 1 cod. civ., senza dirimere la questione se tale norma si applichi anche in caso di usufrutto costituito per atto tra vivi ⁽¹⁾: se il patrimonio è suscettibile in via di principio di essere oggetto di usufrutto (art. 160), perchè solo l'usufruttuario dell'eredità deve soggiacere al pagamento delle annualità e degli interessi dei debiti, e non anche l'usufruttuario *ex contractu* di un patrimonio o di una quota di patrimonio?

Art. 168

L'usufrutto costituito su un edificio assicurato che venga a perire, si trasferisce sulla indennità dovuta dall'assicuratore, sempre che il proprietario non intenda riedificare l'edificio con la somma conseguita, nel qual caso l'usufrutto grava sull'edificio ricostruito. Se il proprietario impieghi nella ricostruzione una somma maggiore di quella proveniente dall'assicurazione, l'usufruttuario non ha diritto all'usufrutto sull'eccedenza.

Non si capisce perchè, dispostasi dall'art. 167 la surrogazione reale in via di massima e cioè indipendentemente dalla natura della cosa, nell'art. 168 si limiti al solo proprietario dell'edificio la facoltà di impiegare l'indennità della ricostruzione: quale ostacolo o di indole logica o di carattere economico potrebbe mai vietare il devolvere la somma in parola nella ricostruzione o nel ripristino della cosa mobile distrutta o danneggiata?

Quanto poi all'ultima parte dell'articolo, non è chiaro come la si possa praticamente attuare, dato che per definizione l'usufrutto cade non sulla somma spesa, ma sull'edificio ricostruito.

⁽¹⁾ Cfr., al riguardo, L. COVIELLO jun., *L'usufruttuario di un patrimonio e la responsabilità per debiti* pag. 68 e seg.

Art. 170

Se la cosa è interamente perita, l'usufruttuario ha il godimento di ciò che possa ancora essere utilizzato, salvo la sua restituzione al proprietario al termine dell'usufrutto.

Se la cosa è *interamente* perita, come è possibile utilizzarla sia pure in parte?

Art. 176

Nella famiglia si comprendono: il coniuge, purchè non separato, i figli, compresi gli adottivi e i naturali riconosciuti, le persone che convivono con l'usufruttuario per prestare a lui e alla sua famiglia i loro servizi.

Nel novero dei figli vanno compresi anche quelli nati dopo che cominciò l'uso e l'abitazione — come sagacemente prescrive l'art. 523 cod. civ. — o no? Se la norma proposta rimane inalterata, dal confronto con la regola odierna si potrebbe dedurre che il legislatore ha voluto estendere il beneficio anche ai figli adottivi o naturali riconosciuti, ma limitarlo nei confronti dei figli — magari legittimi — procreati dopo la costituzione della servitù, il che sarebbe grave.

Art. 181

L'uso e l'abitazione possono essere regolati dal titolo costitutivo in modo diverso da quello stabilito negli articoli precedenti.

La norma è formulata in maniera da far nascere il dubbio che la volontà delle parti possa derogare anche alla inalienabilità dell'uso e dell'abitazione, ribadita sulle orme del codice vigente nell'art. 178; or se questo si dovesse ritenere inderogabile, bisognerebbe dirlo espressamente; se invece l'art. 181 non dovesse soffrire alcun limite, bisognerebbe inserire nell'elenco dei beni capaci d'ipoteca, contenuto nell'art. 420, anche l'uso e l'abitazione, alienabili *ex voluntate*, ma inalienabili *ex lege*.

Art. 196 al. 1

Prima d'intraprendere la costruzione dell'acquedotto, quegli che vuol condurre acqua per l'altrui fondo deve pagare il valore a cui sono stimati i terreni da occuparsi, senza detrazione delle imposte e degli altri carichi inerenti al fondo, e col sopprapiù del quarto, tenuto conto anche del deterioramento derivante dalla intersecazione del fondo. Tutti i danni prodotti con l'esecuzione dell'opera devono essere risarciti.

Non si comprende perchè si sia aggravata la disposizione dell'art. 603 al. 1 cod. civ., che impone al costruttore dell'acquedotto di pagare il sopprapiù del quinto e non del quarto del valore del terreno, e lo obbliga a risarcire soltanto i danni immediati e non tutti i danni.

Art. 223 al. 1

La servitù costituita da uno dei comproprietari di un fondo indiviso non si intende stabilita se non quando gli altri l'abbiano anch'essi costituita unitamente o separatamente.

Art. 227 al. 2

Può altresì stabilirsi col consenso di tutti i condomini sul fondo comune una servitù a vantaggio del fondo di esclusiva proprietà di uno di essi.

Perchè la imposizione di servitù passive sulla *res communis* dev'essere consentita da tutti i condomini, mentre per l'*alienazione* e l'ipoteca su cosa comune è richiesta dall'art. 320 la maggioranza di tre quarti?

Art. 226

Una servitù a vantaggio di un fondo comune può essere costituita con il consenso della maggioranza dei condomini a norma dell'art. 316.

Perchè per la costituzione di servitù a favore del fondo comune si esige la maggioranza prevista dall'art. 316 per gli atti di *ordinaria* amministrazione?

Art. 231

Ai fini della costituzione della servitù, si ha destinazione del padre di famiglia nel caso che il proprietario di due fondi attualmente divisi, abbia stabilito tra essi mediante opere od altri segni visibili, un tal rapporto di subordinazione, che se essi appartenessero a proprietari diversi, denunzierebbe l'esistenza di una servitù. In tal caso, passando uno dei due fondi o entrambi nelle mani di diversi proprietari senza che lo stato di essi sia modificato, nè vi sia stata alcuna esplicita dichiarazione in contrario, s'intende attivamente e passivamente costituita la servitù, in corrispondenza a quello stato di cose, a favore e sopra ciascuno dei fondi separati.

La destinazione del padre di famiglia può accertarsi con qualsiasi mezzo di prova.

Il primo comma dovrebbe essere riveduto attentamente sia perchè è tanto prolisso da sembrare tolto da un manuale di istituzioni, sia perchè, facendo dipendere la costituzione della servitù da opere o altri segni visibili, ridà vita alla distinzione tra servitù apparenti e servitù non apparenti che si è voluta bandire.

Il secondo comma è inutile: siccome la destinazione del padre di famiglia è un fatto da cui nascono conseguenze giuridiche, è ovvio che possa venire dimostrata con ogni mezzo di prova e che non possa nemmeno sorgere il dubbio se siano applicabili nella specie i limiti alla ammissibilità della prova testimoniale delle convenzioni, eventualmente stabiliti nel libro IV di là da redigere.

Art. 232

Nel caso che i due fondi successivamente si riuniscono nelle mani di un solo proprietario e poi tornino a separarsi, se l'ultimo proprietario ha lasciato immutato lo stato di fatto, la servitù risorge al momento in cui i fondi vengono nuovamente a separarsi.

La servitù risorge anche se i due fondi siano separati dopo dieci anni, e cioè quando a norma dell'art. 262 al. 1 sia trascorso il termine stabilito per l'estinzione di essa per non uso?

Art. 245

Quando il proprietario del fondo servente sia tenuto in forza del titolo alle spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, può liberarsene, abbandonando il fondo servente al proprietario del fondo dominante.

Nel caso che la servitù sia limitata ad una parte del fondo basta che soltanto questa sia abbandonata.

Quid se il proprietario del fondo dominante non vuole diventarlo rispetto al fondo servente? Logicamente dovrebbe poterlo fare perchè nessuno può vedersi costretto ad acquistare beni che non desidera avere (magari per non oltrepassare il limite stabilito per godere l'esenzione di certe tasse, e per non avere beni ipotecati), ma, dato l'art. 561 che esclude l'occupazione come modo di acquisto della proprietà di cosa immobile, il fondo servente diventerebbe *nullius* e quindi il proprietario del fondo dominante sarebbe nell'alternativa o di avere nel suo patrimonio un fondo che non desidera, o di non poter esercitare la servitù perchè non c'è chi se addossi le spese necessarie, come conseguenza dell'essere proprietario del fondo servente.

Art. 261 al. 2

Se però la confusione venga a cessare per una causa inerente all'acquisto, la servitù si ripristina.

Si ripristina la servitù anche se la confusione viene a cessare per *causa primaeva* accertata dopo dieci anni?

Art. 264

La servitù usata in modo da trarne un'utilità minore da quella indicata dal titolo, si conserva per intero.

Come si giustifica, anche in relazione agli art. 235 e 236, il mantenimento *in toto* della servitù esercitata in parte?

Art. 267

Si può stipulare o disporre con efficacia reale che una persona indipendentemente dall'esistenza di un fondo proprio, possa derivare per sua utilità o per interesse di un terzo dal fondo altrui un vantaggio che normalmente costituisce il contenuto di una servitù prediale.

L'ammissibilità delle c. d. servitù irregolari sembra discutibilissima, sia perchè non merita incoraggiamento la tendenza a moltiplicare i vincoli di carattere reale che limitano l'esercizio del diritto di proprietà, sia perchè non militano a favore di tali servitù (disposte ad esclusivo vantaggio di una persona) quegli stessi motivi di convenienza specie economica i quali giustificano l'imposizione a carico di un fondo di una servitù destinata al miglior uso e godimento di un altro fondo: è logico quindi che alla Facoltà sia apparso alquanto strano il laconismo della Relazione, pag. 98, sulle ragioni che hanno indotto ad attribuire efficacia reale alle servitù irregolari, senza cioè che si siano valutati e confutati gli argomenti addotti dagli interpreti più autorevoli ⁽¹⁾, che non le concepiscono se non come diritti personali.

Nell'ipotesi poi che l'art. 267 sia da mantenere, occorre migliorarne la dizione che non sembra felice: ad es. la frase « una persona, indipendentemente dall'esistenza di un fondo proprio » non solo è brutta sotto l'aspetto linguistico, ma può anche essere intesa nel senso che la servitù irregolare si possa stabilire solo a favore di chi non ha un fondo proprio mentre chi ha un immobile non può acquistare che servitù prediali, nel qual caso non si comprenderebbe la *ratio* del divario; la possibilità che alcuno possa stipulare una servitù irregolare « nell'interesse di un terzo » è per lo meno strana, concet-

(1) Cfr. N. COVIELLO, *Trascrizione*, II, n. 317; VENEZIAN, *Usufrutto*, I, n. 46 e seg.; L. COVIELLO, *Servitù*, pag. 131 e seg.; N. STOLFI, op. cit., II, 2, n. 323; BARASSI, *Diritti reali limitati*, pag. 115 e seg., nonchè Cass. Regno 21 marzo 1935 (*Giur. it.*, 1935, I, 1, 711) e 4 agosto 1936 (*id.*, 1936, I, 1, 1044).

tualmente parlando, sia perchè basterebbe operare in base ai principi della rappresentanza, e allora l'inciso dell'art. 267 è superfluo, sia perchè non si saprebbe come legittimare l'acquisto della servitù da parte di un terzo senza che egli abbia manifestato il suo consenso.

Art. 268

L'enfiteusi è il diritto reale di godere e di disporre di un fondo altrui con l'obbligo di migliorarlo e di pagare al proprietario un canone periodico.

Art. 275 al. 1

Nell'atto costitutivo può essere vietato all'enfiteuta, durante un periodo non maggiore di venti anni, di alienare in tutto o in parte per atto tra vivi, o ipotecare, senza il consenso del direttario, il fondo enfiteutico.

Art. 275 al. 3

Se sono più i direttari per parti indivise, per il consenso all'alienazione la maggioranza vincola la minoranza dissenziente a termini dell'art. 316.

È difficile spiegare in maniera razionale gli art. 268 e 275 al. 1: se invero l'enfiteuta non è proprietario del fondo, come può essergli concesso di alienarlo o ipotecarlo e cioè di compiere atti di disposizione consentiti dagli art. 18, 428, 432 solo a chi abbia il dominio della cosa? e se il concedente è proprietario del fondo, com'è possibile che non basti il suo consenso ma occorra anche quello dell'utilista per la validità dell'alienazione? Nè a chiarire la *ratio* delle regole in argomento, giova far capo alla definizione di « quasi - proprietario » data all'enfiteuta a pag. 114 della Relazione, perchè l'avverbio non spiega nulla, come l'eminente redattore del progetto ha insegnato con rara maestria ogni volta che in un testo giustiniano ha eliminato come spurio il « quasi ».

Se poi nelle norme suddette si è voluto dire che l'enfiteuta non può alienare in tutto o in parte o ipotecare il suo diritto, è meglio sopprimere o tutto l'art. 275 o almeno i primi

tre capoversi perchè l'ipotesi che l'enfiteuta disponga del suo diritto (il solo oggetto possibile di negozi traslativi da lui voluti) è già disciplinata dall'art. 282 al. 1, da cui però il rinvio all'art. 275 va eliminando o quanto meno limitato al solo al. 4.

Quanto poi all'art. 275 al. 3, si osserva che si non comprende perchè in caso di alienazione di fondo comune a più concedenti, fatta dall'enfiteuta (?), basti la maggioranza prevista dall'art. 316 per gli atti di *ordinaria* amministrazione e non quella voluta dall'art. 320 per gli atti di disposizione sulla cosa comune.

Art. 272 al. 2

Se il fondo perisce solo in parte, l'enfiteuta non può pretendere alcuna diminuzione del canone, se la rendita della parte che resta basti per pagarlo interamente. In questo caso, semprechè ne sia perita una parte notevole, l'enfiteuta può rinunciare al suo diritto, restituendo il fondo al direttario.

Tale comma, dopo avere disposto che nell'ipotesi di perimento parziale del fondo l'enfiteuta non può pretendere alcuna riduzione del canone se la rendita della parte superstite rende possibile il pagarlo, si limita a concedere all'utilista la facoltà di rinunciare al suo diritto, senza disciplinare la riduzione del canone: *a)* se la rendita della parte che resta sia insufficiente a pagarlo; *b)* se ad onta dell'*interitus* parziale non si voglia restituire il fondo, e cioè senza dare alcuna norma in ordine a due ipotesi che non vanno escluse *a priori*.

Art. 272 al. 4

L'assicurazione del fondo fatta dall'enfiteuta si presume fatta anche nell'interesse del direttario.

A parte il rilievo che non si chiarisce se la presunzione sia *iuris et de iure* ovvero *iuris tantum*, il capoverso dev'essere formulato meglio per non dare origine a parecchi dubbi: se l'assicurazione è fatta dall'enfiteuta nell'interesse del diret-

tario, è possibile che i premi debbano pagarsi dal primo soltanto? e, in caso di perimento o deteriorazione del fondo, potrà il concedente pretendere in tutto o in parte l'indennità? Dall'art. 272 al. 5, che applica in tal caso l'art. 388 circa il soddisfacimento dei creditori privilegiati ed ipotecari dell'utilista e del direttario, parrebbe che si debba rispondere di sì, ma allora come si spiega che, senza avere conchiuso nè tanto meno eseguito il contratto di assicurazione, il concedente possa riscuotere sia pure in parte l'indennità?

Art. 276 al. 3 e 4

Le locazioni (*scil.* consentite dall'enfiteuta prima della devoluzione) non sono mantenute se siano concluse in frode dei diritti del direttario.

La frode si presume se il fitto sia di un terzo inferiore a quello risultante da perizia o da locazioni precedenti.

La presunzione di frode ammette o non la prova contraria? ed è conveniente presumere fatte in frode le locazioni di cui all'al. 4, senza riflettere che il pericolo di vederle svanire per la possibilità della devoluzione *certa die* può avere imposto all'enfiteuta di ridurre l'affitto per non correre il rischio di non trovare un conduttore?

Art. 281

Il diritto dell'enfiteuta si estende alla accessione.

L'enfiteuta ha gli stessi diritti che avrebbe il proprietario sui prodotti del suolo, sul tesoro e relativamente alle sostanze minerarie del sottosuolo secondo le disposizioni delle leggi speciali.

Se il proprietario ha diritto al tesoro, come dice l'art. 714 cod. civ. e dovrebbe dire l'art. 572 del progetto, perchè si attribuisce il tesoro all'enfiteuta che non è proprietario finchè non procede all'affranco?

Art. 284

Ogni diciannove anni il direttario può richiedere la ricognizione del proprio diritto dall'enfiteuta.

Se il direttario si considera come il *dominus fundi* (art. 268), non si capisce perchè abbia bisogno di farsi riconoscere tale quando, mediante la prova del pagamento anche di un solo canone, può respingere ogni pretesa dell'enfiteuta di avere il dominio dell'immobile: l'art. 1563 cod. civ., da cui si è tratta la norma in disputa, si comprende benissimo ora, data la concezione dominante che la proprietà del fondo enfiteutico spetti all'utilista; ma l'art. 284 è privo di senso quando il progetto ripudia la concezione odierna e torna all'antica.

Si è inoltre osservato che, se la prescrizione acquisitiva dei diritti reali immobiliari è di 10 anni (art. 577), non si comprende perchè ogni *diciannove* anni il direttario debba poter chiedere la ricognizione del proprio diritto dall'enfiteuta, che nel frattempo potrebbe essersi liberato da ogni onere ed avere usucapito la proprietà piena dell'immobile.

Art. 293

Il prezzo di affrancazione può essere pagato in titoli del debito pubblico consolidato al cinque per cento, calcolato al valore di borsa, secondo la media ufficiale del giorno precedente al contratto o al deposito del prezzo.

Quid se il tasso dei titoli aumenta o diminuisce? *quid* se invece di consolidato (che secondo il diritto vigente dovrebbe prima o poi estinguersi) si diano titoli di rendita al 5 %?

Art. 300 al. 1

In caso di devoluzione l'enfiteuta ha diritto al compenso per i miglioramenti da esso fatti al fondo enfiteutico, valutati al tempo del rilascio di questo.

In che misura sono pagabili i miglioramenti: valore effettivo, o spesa fatta, o aumento di valore arrecato al fondo? Il dubbio è grave anche perchè al fine di risolverlo non sembra si possa far capo all'art. 302 al. 1, perchè questo, dicendo che il prezzo dei miglioramenti, se non risulta da atto scritto, deve essere determinato con sentenza da pronunciarsi anche nei

confronti dei creditori iscritti, costituisce una norma inapplicabile al caso in cui il fondo non sia stato soggetto ad ipoteche da parte del concedente.

Art. 306

L'alienazione contraria al divieto sancito dall'art. 275 non può essere opposta al direttario e gli dà diritto di chiedere la devoluzione entro un anno dalla notificazione prevista nell'art. 283.

La costituzione d'ipoteca contraria al divieto sancito dall'art. 275, non ha effetto per il direttario.

Perchè si parla di annullabilità, deducibile soltanto dal direttario, degli atti compiuti dall'enfiteuta violando l'art. 275, e non di nullità, come appare evidente a chi considera che nella specie non è semplicemente viziato ma difetta il consenso di una delle persone interessate? perchè la vendita si può convalidare dopo l'anno dalla notifica, mentre l'ipoteca non ha effetto senz'alcun limite di tempo?

Art. 321 al. 2

Nondimeno è valido il patto che si debba rimanere in comunione per un tempo determinato, non maggiore di dieci anni.

L'autorità giudiziaria però, se gravi ed urgenti circostanze lo richiedano, può ordinare lo scioglimento della comunione anche prima del tempo convenuto.

Data l'efficacia reale attribuita dall'art. 322 al patto di rimanere in comunione, bisognerebbe disporre in ordine agli immobili che esso dev'essere conchiuso per iscritto, risolvendosi così la disputa sorta nell'interpretazione dell'art. 681 al. 2 cod. civ.

Art. 324

I creditori o concessionari di un partecipante possono opporsi alla divisione a cui si proceda senza il loro intervento, e possono intervenire a proprie spese; ma non possono impugnare una divisione effettuata, eccettuato il caso di frode, o di divisione eseguita nonostante una formale opposizione, e salvo sempre ad essi l'esperimento delle ragioni del debitore o cedente.

Questa norma dovrebbe essere coordinata meglio con quella dell'art. 360 al. 4 e 5.

Art. 325

Nella divisione deve, per quanto sia possibile, essere evitata l'assegnazione di congruagli in denaro.

Come si concilia questo comma (esteso alla divisione ereditaria art. 328) con l'art. 266 del libro terzo che non pone tale divieto neppure in forma attenuata? Se poi, date le ultime parole dell'art. 328, si dovesse escludere l'applicabilità dell'art. 325 in tema di comunione ereditaria, come si giustificerebbe da un punto di vista logico la differenza di trattamento fra le varie specie di comunione?

Art. 330

La comunione familiare è quella che si stabilisce fra i membri di una stessa famiglia, i quali vivendo in comunione di lavoro e di interessi, conservano indivisi beni ereditari o altrimenti acquistati, senza obbligo di rendiconto.

L'esistenza di tale comunione può essere dimostrata anche per mezzo di testimoni.

Ammessa in via di ipotesi la convenienza di ripristinare o quanto meno di regolare quest'altra figura giuridica, bisognerebbe stabilire con maggior precisione i suoi elementi costitutivi per evitare il pericolo che, magari in frode ai creditori di uno dei partecipanti, si faccia passare (col facile espediente di una prova testimoniale addomesticata) per comunione familiare ogni specie di condominio sol perchè i comunisti abbiano preferito non ricorrere all'art. 321. In particolare sembra utile qualche chiarimento: *a)* sul significato della parola « famiglia » che dovrebbe comprendere solo i parenti e gli affini sino al 2° grado; *b)* sulla durata minima dello stato di indivisione necessario per aversi la comunione familiare; *c)* sulla maniera con cui dev'essere prestato il consenso delle parti, al qual proposito sembra conveniente imporre l'atto scritto a pena di nullità; *d)* sulla necessità che tutti i condomini vivano in comu-

nanza di lavoro e d'interessi, o sulla possibilità che la comunione sussista quando vi sia un legame d'interesse tra le parti anche se la partecipazione loro al lavoro non sia possibile per es. per l'età o troppo scarsa o troppo avanzata o perchè una delle possibili condomine sia adibita alle faccende domestiche.

Art. 331

Gli acquisti fatti a titolo oneroso da uno dei membri della comunione, anche se non abbia la qualità di amministratore, si presumono fatti nell'interesse del comune patrimonio, pur quando, trattandosi di immobili, essi siano intestati al nome dell'acquirente. Tale presunzione non pregiudica i diritti acquistati sugli immobili dei terzi e da essi legalmente conservati.

Qualcuno ha osservato che la norma è pericolosissima tanto per i condomini quanto per i loro creditori personali, epperò è inaccettabile. Se infatti la presunzione fosse *iuris et de iure*, ognuno dei partecipanti correrebbe il rischio di vedersi privato delle cose da lui acquistate sol che gli altri condomini o peggio i creditori della comunione o dei singoli dimostrino l'esistenza di una comunione familiare che, si badi, per l'art. 330 si può provare con qualunque mezzo di prova. E, ciò che è più grave, i creditori di chi ha acquistato una cosa o mobile o immobile senza dichiarare di farlo nell'interesse della comunione possono vedere svanire la garanzia comune dei loro diritti sol perchè i fratelli del debitore dimostrino — magari con testimoni compiacenti — che la cosa acquistata da chi figura nei registri ipotecari spetta invece alla comunione, con questo profitto per il credito ed ossequio alla logica ognuno vede facilmente: se c'è il pericolo di non poter contare dopo la scadenza sui cespiti che sembravano *ab initio* appartenere ad una persona, chi sarà tanto ingenuo da prestare danaro ai comunisti? e se la trascrizione è una formalità essenziale per l'acquisto dei diritti reali immobiliari, com'è possibile permettere che il contenuto dei registri ipote-

cari sia dichiarato privo di efficacia verso i terzi in base ad una prova testimoniale? Questi ed altrettanti gravissimi dubbi consigliano di proporre l'abolizione della norma o quanto meno la sua modifica nel senso che gli acquisti fatti dal solo amministratore si intendono fatti nell'interesse del comune patrimonio se egli esplicitamente dichiara di contrattare in veste di rappresentante degli altri condomini: se è giustificato che una persona, contrattando con l'amministratore e cioè col rappresentante della comunione, possa pensare di aver da fare con questa e non con lui in proprio, è assurdo che, indipendentemente dalla *contemplatio domini*, chi contratta col non amministratore debba ritenersi *ex lege* come contraente con la comunione, cui non aveva magari mai immaginato di legarsi.

Art. 333

Gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuti da chi ha la rappresentanza dei membri della comunione, senza il consenso di tutti i membri di essa, sono nulli e vincolano nei riguardi dei terzi solo chi li ha compiuti.

Tanto se letta isolatamente, quanto se coordinata con l'art. 331, la norma suddetta è apparsa a qualcuno meritevole di essere modificata. Nel primo caso vi è osservato: *a)* che non si ha esempio di negozio rappresentativo, conchiuso dal procuratore, che abbia bisogno in più del consenso espresso dall'interessato e dagli interessati: se invece occorre tale consenso è evidente che siamo fuori del campo della rappresentanza; *b)* che non si comprende per qual motivo l'articolo in parola richieda il consenso di *tutti* i condomini mentre nell'ipotesi di comunione ordinaria basta la maggioranza prevista dall'art. 320. Nel secondo caso l'art. 333 è ancora più bizzarro: se, come nessuno dubita, l'acquisto a titolo oneroso è la conseguenza di un atto eccedente l'ordinaria amministrazione, come si concilia l'art. 331 con l'art. 333, dal momento che quello presume fatti nell'interesse della comunione anche

gli acquisti operati dai non amministratori e questo esige il consenso di tutti i partecipanti anche quando l'atto provenga dall'amministratore? Se poi, per dare all'art. 333 un significato plausibile, evitando la contraddizione predetta, si dice che l'art. 331 si applica agli acquisti fatti dai condomini e l'art. 333 riguarda invece le alienazioni da loro consentite, è altrettanto necessario modificare la dizione della norma surriferita, sia per distinguere la sua sfera di applicazione da quella dell'art. 331, sia per chiarire il regime degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, i quali non si risolvano in una alienazione, come accade per es. in ordine alle locazioni ultranovennali, all'anticresi, ecc.

Art. 338

La quota spettante alla donna nella comunione può essere costituita in dote, ma in tal caso la gestione di essa resta alla comunione.

È ammissibile che al marito venga tolta l'amministrazione della cosa dotale sol perchè essa o costituisce o a mezzo di testimoni si prova — magari a matrimonio avvenuto — costituire quota di una comunione familiare?

Art. 339 al. 3

Il patrimonio costituito dai beni acquisiti durante la comunione, si divide in parti uguali fra i membri della comunione stessa.

È discutibile l'equità di tale norma: se è vero che il valore economico del lavoro prestato dai vari partecipanti può ritenersi identico, è altrettanto vero che possono darsi dei casi in cui la divisione in parti uguali degli acquisti fatti durante la comunione diventi economicamente iniqua, come ad es. nell'ipotesi che tre fratelli abbiano coltivato insieme per lungo tempo un fondo appartenente per otto decimi ad uno di loro e per due decimi agli altri due.

Art. 343

L'alienazione, l'ipoteca, il sequestro di un piano si estendono di diritto alla quota delle parti comuni dell'edificio relativa allo stesso piano.

La parola alienazione allude soltanto a quella traslativa o anche a quella costitutiva, ad es. di servitù personale o prediale?

Art. 351 al. 2 e seg.

Nel caso di demolizione di una parte minore, i condomini deliberano circa la ricostruzione delle parti comuni e ciascuno è tenuto a concorrervi in proporzione dei suoi diritti su di esso.

Le indennità di assicurazione relative alle parti comuni sono, con riserva di diritti poziori, destinate alla loro ricostruzione.

Qualora uno o più condomini non intendano partecipare alla ricostruzione, sono tenuti a cedere secondo valutazione di periti, i loro diritti agli altri condomini o a taluno di essi, con preferenza a parità di prezzo al singolo condomino.

L'al. 2 va modificato nel senso: *a)* di permettere ai condomini di escludere la ricostruzione dell'edificio quando essa importi una spesa eccessiva o comunque non proporzionata al valore della cosa; *b)* di obbligarli a contribuire alle spese solo quando o all'unanimità o almeno a grande maggioranza sia stata decisa la ricostruzione.

Quanto all'al. 3, giova notare che non si comprende bene il significato della riserva dei diritti poziori, specie se si ricordi il disposto dell'art. 388 al. 1, per cui i creditori privilegiati, ipotecari ecc., si dividono l'indennità solo nell'ipotesi che non venga impiegata nella ricostruzione. Perchè nell'art. 351 al. 3 si accorda loro il diritto a ripartirsela anche in caso di ricostruzione? E *quid* nell'ipotesi che il pagamento dei diritti stessi assorba l'intera indennità? È opportuno che la ricostruzione sia impedita o resa più difficile per estinguere diritti personali (sia pure garantiti realmente), che magari non siano ancora esigibili e che comunque sarebbero garantiti dal nuovo edificio come e più di quanto non lo fossero nell'antico?

Nell'al. 4 si fa obbligo al condomino di cedere la sua quota, ma non si obbliga nessuno degli altri condomini ad acquistarla: *quid* se nessuno la voglia comperare? L'ipotesi non è difficile a verificarsi pensando che l'acquirente deve inoltre addossarsi anche le spese della ricostruzione.

Art. 357 pr.

Devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione: 1° gli atti tra vivi diretti a costituire o trasferire la proprietà su immobili, ecc.

Dato l'art. 44 cod. comm., che esige lo scritto a pena di nullità solo per la compravendita immobiliare, sorge questione circa l'atto da trascrivere, diverso dalla vendita, quante volte in materia commerciale sia costituito o trasferito o estinto un diritto reale immobiliare, il quale negozio è valido anche se conchiuso verbalmente: nel diritto vigente la questione può risolversi trascrivendo la sentenza di accertamento menzionata nell'art. 1932 n. 8, cui di recente si è riconosciuta efficacia normativa da L. Coviello ⁽¹⁾, ma secondo il progetto la soluzione manca perchè l'art. 357 parla delle sentenze traslative solo in ordine alla vendita all'incanto (n. 4) e all'affrancazione del canone enfiteutico (n. 5), alla cui pubblicazione può attribuirsi l'efficacia reale prevista nell'art. 358 al. 1. Sarebbe quindi opportuno aggiungere all'art. 357 un ultimo comma, per autorizzare la trascrizione delle sentenze che accertino la conclusione in materia commerciale di un atto verbale della stessa natura di quelli indicati nei vari numeri dell'art. 357 e negli art. 360 e 361 per gli effetti indicati rispettivamente negli art. 358, 360 e 362.

Bisognerebbe inoltre imporre la trascrizione, agli stessi effetti, degli atti che hanno efficacia reale e che non sono stati menzionati nell'elenco in argomento, e cioè del patto di

⁽¹⁾ *Foro it.*, 1938, I, 3.

inalienabilità dell'enfiteusi (art. 275, 306), del regolamento di condominio (art. 354), dell'atto costitutivo di servitù irregolare (art. 267), delle sentenze costitutive di servitù prediali (art. 189, 221).

Art. 359

Per le donazioni la trascrizione non può prendere data che dal giorno in cui si è trascritta l'accettazione, nel caso che questa si contenga in atto separato.

Siccome anche la vendita, l'enfiteusi, la società, ecc., possono risultare da atti separati, e al pari delle donazioni si formano quando l'offerta è accertata dalla controparte, sarebbe bene o sopprimere la norma (di intuitiva evidenza) o quanto meno redigerla in maniera generale, e non limitata alle donazioni, anche perchè l'esistenza di una regola specifica per queste ultime è una sopravvivenza del diritto francese, giustificata allora come un sostituto della insinuazione, abolita da tempo.

Art. 360 al. 2

Devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione tali atti (*scil.* di divisione) come pure le sentenze e i verbali di aggiudicazione degli immobili divisi mediante incanti, le sentenze che procedono all'attribuzione delle quote fra dividendi e i verbali di estrazione a sorte delle quote, a norma dell'art. 894 del codice di procedura civile.

Sarebbe utile dire nettamente che tale capoverso o si applica alle divisioni che facciano cessare completamente la comunione, mentre le c. d. divisioni parziali rientrano nell'art. 357 n. 1, oppure si estende anche a queste ultime: così viene risolto una buona volta il dissidio tra dottrina e giurisprudenza ⁽¹⁾ sulla natura retroattiva o meno della c. d. divisioni parziali.

⁽¹⁾ Cfr., da ultimo, G. STOLFI, *Foro it.*, 1937, IV, 23.

In sede di coordinamento, occorre poi rettificare l'indicazione dell'articolo del codice di rito.

Art. 367

Devono trascriversi ecc....

2° le domande di revocazione, di rescissione, e di risoluzione indicate negli art. 370 e 441 del progetto per il libro III (successioni e donazioni), 107 e 394 del Progetto per il libro IV (obbligazioni e contratti) e quelle di risoluzione della divisione e della transazione per inadempimento di obblighi.

5° le domande di dichiarazione di simulazione degli atti indicati negli art. 357, 360, 361.

L'indicazione degli articoli di altri progetti richiamati nel n. 2 non corrisponde a quelli del libro III perchè ai n. 370 e 441 bisognerebbe sostituire i n. 302, 303, 344, 345, del progetto definitivo, e forse non corrisponderà nemmeno a quelli del futuro libro IV. Non sarebbe meglio usare una formula ampia e generica parlando ad es. di tutte le domande di revocazione, risoluzione e rescissione disciplinate nel codice?

Nel n. 5 si richiamano gli atti contemplati negli art. 357, 360, 361: la domanda di dichiarazione di simulazione degli atti indicati nell'art. 363 dovrà essere trascritta? e, in caso affermativo, a quali effetti?

Art. 390

Il privilegio non può esercitarsi in pregiudizio dei diritti reali acquistati dai terzi sulla cosa soggetta al privilegio anteriormente al sorgere del credito, nè in pregiudizio di quelli acquistati posteriormente dai terzi in buona fede.

Se con la formula «terzi di buona fede» si indicano soltanto gli acquirenti *a non domino*, che in linea eccezionale possono diventare proprietari, appare ingiustificata la loro posizione di favore nei confronti degli acquirenti *a domino* i quali subirebbero invece l'esercizio del privilegio. Se invece la buona fede si dovesse riferire alla sussistenza del credito privilegiato, e quindi la norma fosse applicabile anche agli

acquirenti *a domino*, non è azzardato il timore che la salvezza dei diritti concessi posteriormente ai terzi finirà per vulnerare in maniera troppo grave il diritto del creditore.

Art. 524 al. 3

È tuttavia riconosciuto effetto giuridico tra i privati al possesso dell'uso sulle cose di proprietà pubblica, salvo le limitazioni delle leggi e dei regolamenti.

Se il possesso delle cose imprescrittibili non ha effetto, salvo la difesa dello spoglio (al. 1), com'è possibile riconoscere effetto giuridico tra i privati al possesso dell'uso sulle cose di proprietà pubblica? E quali sarebbero gli effetti di tale possesso? Si vuole ammettere l'acquisto per prescrizione del diritto di uso delle cose demaniali, il quale, dovendo essere accordato « secondo le norme stabilite dalla legge » (art. 12 i. f.), supporrebbe invece una concessione formale da parte della pubblica autorità?

Art. 530

Il possessore in nome altrui non può diventare possessore se non per causa proveniente da un terzo o in forza delle opposizioni da lui fatte contro il diritto del possessore in nome proprio.

È preferibile l'attuale art. 2116: *a)* perchè si evita la contrapposizione tra possessore in nome altrui e possessore, alquanto strana perchè il primo ha già il potere di fatto sulla cosa e si vale dell'interversione al solo fine di mutare il titolo del suo possesso; *b)* perchè si chiarisce che il titolo del possesso muta per causa proveniente dal terzo o per le opposizioni fatte dal detentore; *c)* e soprattutto perchè si stabilisce che le opposizioni vanno fatte non contro il possessore in nome proprio, ma contro il proprietario, e cioè contro l'unica persona legittimata ad impedire che l'opponente possa usucapire a proprio favore.

Art. 533

Colui al quale furono alienate cose mobili o titoli al portatore da chi non ne era proprietario, ne acquista la proprietà col conseguirne il possesso corrispondente, se in questo momento egli era in buona fede e sussista un titolo idoneo all'acquisto della proprietà, salvo le eccezioni e le limitazioni stabilite dalle leggi.

Allo stesso modo si acquistano sopra le dette cose o titoli il diritto di usufrutto, di uso o di pegno.

Il primo comma è formulato in maniera troppo ambigua per potere rimanere inalterato. Difatti solo chi sappia che l'art. 533 sostituisce l'odierno art. 707 cod. civ. comprende subito come esso dichiara valido l'acquisto *a non domino* di cosa mobile a favore del possessore di buona fede munito di un titolo traslativo, ma l'enorme maggioranza dei non tecnici i quali leggano la frase iniziale « colui al quale . . . era proprietario » ricostruiscono l'ipotesi ivi prevista così: « colui *in danno del quale* furono alienati cose mobili o titoli al portatore da chi non ne era proprietario », dopo di che non possono nascondere la loro sorpresa nel leggere che quel tale « colui » diventa proprietario ! E, siccome la norma ha come destinataria la generalità dei cittadini, è opportuno scriverla in modo da renderla chiara per costoro e non per il limitatissimo numero dei giuristi che sappiano interpretare l'art. 533 col pensiero rivolto all'art. 707 cod. civ. Del resto qualunque giurista deve rimanere perplesso davanti alla frase centrale « se in questo momento egli *era* in buona fede e *sussista* un titolo idoneo all'acquisto », perchè nessuno può spiegare per quale recondito motivo si parli all'imperfetto circa la buona fede e al presente in ordine al titolo : siccome l'acquisto *a non domino* dipende dall'esservi un possessore di buona fede munito di un titolo traslativo, sia pure viziato, la logica vorrebbe che la buona fede e il titolo sussistessero fin dal momento in cui si acquista il possesso della cosa. Ma, anche a volere in via di ipotesi dissociare i due elementi, bisognerebbe almeno

anteporre il titolo al possesso di buona fede perchè questo e non quello è il requisito decisivo per la validità dell'acquisto *a non domino* (arg. art. 538): se potesse mai bastare il titolo — che difatti non è sufficiente — sarebbe inutile richiedere in più la consegna della cosa, ma se questa è necessaria e indispensabile per legittimare l'acquisto *a non domino*, è strano che le si aggiunga un ulteriore requisito, e per di più di portata minore.

Non basta: chi rifletta all'impossibilità di acquistare per prescrizione decennale i diritti di garanzia su cosa mobile (art. 577 al. 2), non può che stupirsi della possibilità di acquistare un diritto di pegno su cosa altrui mediante quella che con frase arguta se pure inesatta fu definita prescrizione istantanea (art. 533 al. 2), tanto più che nel progetto è stata bandita l'eccezione dell'art. 708 cod. civ. concernente le cose rubate o smarrite, e quindi si pone il derubato o lo smarritore in condizione di non poter difendere il suo diritto contro gli atti dispositivi sulla cosa compiuti dal ladro o dal ritrovatore.

Infine si deve notare che non riesce chiaro perchè nell'art. 533 non si sia: *a*) riprodotta l'eccezione contenuta nell'art. 707 cod. civ. rispetto alle universalità di mobili; *b*) risolta la questione oggi dibattutissima (come si riconosce a pag. 230, nota 1, della Relazione) circa la possibilità di acquistare *a non domino* le automobili, le navi e in genere i veicoli sottoposti ad una determinata pubblicità ⁽¹⁾: siccome il futuro codice civile darà luogo a dibattiti non meno gravi e complessi di quelli originati dal codice vigente, non v'è alcuna ragione che giustifichi il perpetuarsi delle dispute odierne; *c*) stabilito che occorra la *materiale* consegna della cosa e non basti il possesso giuridico, come qualcuno ⁽²⁾ sostiene.

⁽¹⁾ Cfr. al riguardo MONTREL, *Possesso di buona fede*, n. 126 e seg.

⁽²⁾ Cfr. ad es. Cass. Regno 30 dicembre 1929 (*Foro it.*, 1930, I, 14).

Art. 534

Se la buona fede e il titolo idoneo si estendono anche alla libertà da pesi o limitazioni reali, il diritto è acquistato libero da tali oneri o limitazioni.

Una simile norma non solo non si giustifica ma è finanche pericolosa. Nessuno infatti riuscirà mai a spiegarsi perchè l'acquirente *a domino* debba avere la cosa *cum onere suo* mentre l'acquirente *a non domino* (già favorito a sufficienza dal fatto di diventare ciò non ostante proprietario) possa in più liberarsi dai pesi di carattere reale. D'altronde si può notare che se l'art. 534 viene mantenuto, si fornisce ad ognuno la più forte arma per vulnerare i diritti dei terzi, che pure l'art. 18 cap. ordina di rispettare, perchè anche il proprietario all'atto di vendere, donare, ecc., la cosa sua può dichiararla franca e libera: l'acquirente allora diventerebbe proprietario perchè avente causa *a domino* e si libererebbe inoltre dai pesi impressi sulla cosa, giusta l'art. 534, e con questo scherzo poco piacevole i diritti dei terzi svaniscono.

Art. 539

Si presume che l'attuale possessore di cose mobili o titoli al portatore abbia acquistato il diritto a cui corrisponde il suo possesso.

La stessa presunzione vale a favore del possessore durante il tempo del suo possesso.

Non v'è alcuna ragione persuasiva per ammettere una tale presunzione: se il possessore di cosa mobile ha a suo favore un titolo traslativo, sia pure derivante *a non domino*, dimostrerà di essere diventato proprietario avvalendosi in ordine alla sola buona fede della presunzione ex art. 542 al. 1, ma se non ha il titolo deve dimostrare di avere posseduto la cosa per il tempo sufficiente a fargliela acquistare per usucapione, senza di che si aggrava troppo la condizione del vero proprietario, che non solo deve provare il suo diritto, ma deve in più distruggere la presunzione posta dall'art. 539, dimostrando che il possessore non è titolare del diritto vantato.

Art. 540

Chi era possessore in buona fede di cose nobili o di titoli al portatore può ripeterli dall'attuale possessore, se questi era in mala fede all'atto dell'acquisto.

La norma è incomprensibile: - o il possessore di buona fede era già diventato proprietario della cosa giusta l'art. 533, e allora può revindicarla da qualsiasi detentore in base all'art. 21; - o per mancanza di titolo traslativo, sia pure derivante *a non domino*, non aveva ancora acquistato nessun diritto reale sulla cosa, e allora l'azione di revindica spetta al proprietario e non al possessore di buona fede, il quale potrà se del caso ricorrere unicamente all'azione possessoria ex art. 553 e seg.

Ma, nell'ipotesi che si riesca ad assegnare all'art. 540 un valore qualsiasi, non sembra corretto parlare di « ripetere » le cose o i titoli; se l'attore fa valere un diritto reale esercita l'azione di revindica; se invece non ha nessun diritto reale sulla cosa, quale significato può mai attribuirsi alla c. d. ripetizione? Chi pensi all'etimologia della parola, deve ipotizzare il caso che il possessore di buona fede voglia farsi restituire la cosa da lui consegnata al possessore di mala fede, ma una simile spiegazione sembra esclusa dalla frase finale dell'articolo che parla di mala fede all'atto dell'acquisto: se esso è fondato su una relazione personale tra i due possessori, come può il c. d. alienante insorgere contro il fatto proprio?

Art. 557

La difesa data negli articoli precedenti per lo spoglio sofferto può esercitarsi anche contro chi abbia acquistato successivamente il possesso a titolo particolare nella consapevolezza dell'avvenuto spoglio.

È corretto parlare dell'acquirente a titolo particolare del possesso o non si deve dire che questo passa con la consegna della cosa dall'una all'altra persona come conseguenza dell'essere stati la cosa o il diritto acquistati a titolo particolare?

Art. 561 al. 1

La proprietà delle cose mobili che non appartengono ad alcuno ma possono costituire oggetto di proprietà, si acquista con l'occupazione.

Non si comprende perchè l'occupazione sia stata *expressis verbis* limitata alle cose mobili (così anche la Relazione, pag. 244), tanto più che l'art. 357 n. 3 attribuisce efficacia reale all'atto di rinuncia ai diritti menzionati nei precedenti n. 1 e 2, nonchè negli art. 71, 78, 245, 319, che riguardano cose o diritti immobiliari, in ordine ai quali la limitazione posta senza un plausibile motivo dall'art. 561 al. 1 indurrà l'interprete a sostenere che essi possono venire perduti mediante una manifestazione unilaterale di volontà del loro titolare, senza però che si possono acquistare da nessuno salvo che per mezzo dell'usucapione: *medio tempore* essi sarebbero *nullius* e ciò non ostante nessuno potrebbe acquistarli con l'occupazione, ma con l'usucapione. L'opportunità di questa conseguenza, affermata dal Bonfante ⁽¹⁾ in ordine alla *res Mancipi* di cui da molti secoli non esiste più la minima traccia, è assai dubbia: è quindi preferibile o sancire che tutte le cose anche se immobili possono venire occupate o almeno disporre che la cosa immobile abbandonata dal suo titolare si acquista dallo Stato, come detta il codice francese.

Art. 564

Al fine di inseguire lo sciame, il proprietario di questo può anche entrare nel fondo altrui, e fare ivi quanto è necessario per ricondurre lo sciame presso di sé ... coll'osservanza delle cautele per tutelare l'incolumità delle persone.

L'ultima frase dell'articolo potrebbe sopprimersi, perchè a tutelare l'incolumità delle persone basta il codice penale.

⁽¹⁾ *Scritti*, II, pag. 327 e seg.

Art. 568

Trascorsi due anni dall'ultimo giorno delle pubblicazioni senza che si presenti il proprietario o il precedente possessore, la cosa oppure il suo prezzo spetta a chi l'ha ritrovata. Con l'acquisto della proprietà cessano gli altri diritti esistenti sulla cosa.

Non si comprende perchè il ritrovatore di cosa smarrita, non reclamata entro il biennio, dovrebbe acquistare la proprietà della cosa e in più liberarsi dai pesi di natura reale impressivi, i quali sono compatibili il più delle volte con l'acquisto del dominio fatto da altri. È evidente che la cosa ritrovata non possa più ritenersi gravata dal vincolo pignoratizio perchè la perdita del possesso da parte del creditore ha estinto il pegno, ma non è affatto evidente che l'usufruttuario o l'usuario debbano per la sola perdita del possesso della cosa vedere estinti i loro diritti, tanto più che l'art. 166, richiamato nell'art. 180, non pone lo smarrimento tra i modi di estinzione dell'usufrutto e quindi dell'uso.

Art. 572 al. 2

Se viene scoperto in un fondo o in una cosa mobile un tesoro, questo appartiene per metà al proprietario del fondo o della cosa mobile in cui fu scoperto, per metà allo scopritore. Nulla spetta allo scopritore se questi si è introdotto nel fondo o ha ricercato nella cosa mobile senza il consenso del proprietario o possessore.

Siccome non è riprodotta la frase iniziale dell'art. 714 (ed è male) non si sa a chi spetti il tesoro trovato dal proprietario, salvo che tale lacuna non debba colmarsi ricorrendo all'occupazione (art. 561), il che sarebbe fortemente discutibile.

Art. 576

Tutte le azioni reali si prescrivono col decorso di dieci anni, salvo contraria disposizione di legge.

L'azione di rivendicazione della proprietà non si prescrive se non sia avvenuto l'acquisto della proprietà da parte di altri per prescrizione acquisitiva.

Quest'articolo andrebbe rifatto per più ragioni: a) perchè è strano che il primo articolo sulla prescrizione acquisitiva contenga norme in tema di prescrizione estintiva: b) perchè in ordine all'estintiva non solo si perpetua ma si aggrava finanche la disputa odierna sul significato dell'art. 2135 cod. civ., e cioè se la prescrizione estingua il diritto oppure l'azione: se oggi si può accogliere la prima tesi argomentando ad es. dell'art. 2105 (¹), non si può prevedere che cosa accadrà in avvenire, fermo restando l'art. 576, perchè nessuno può sapere se verrà introdotta in questo o nel futuro libro IV una norma simile all'art. 2105; c) perchè si dichiara prescrivibile ogni azione reale, salvo quella di rivendicazione, e quindi sorge il dubbio che siano prescrivibili in dieci anni anche l'azione di divisione e la negatoria, il che appare assurdo, almeno concettualmente.

Art. 577

La proprietà delle cose immobili e i diritti di godimento su queste si acquistano con la prescrizione in virtù del possesso continuato per dieci anni.

I medesimi diritti sulle cose mobili si acquistano nello stesso modo, salvo quanto è disposto negli art. 533 e seg.

Il termine di dieci anni, stabilito per la prescrizione acquisitiva e nel precedente per l'estintiva, sembra troppo breve anche perchè può dare origine ad inconvenienti gravissimi rispetto alle cose mobili, non essendosi creduto opportuno di ripristinare la *condictio furti*: se ad es. l'autore di una rapina venga processato e condannato oltre dieci anni dopo il giorno del delitto (il che è possibile, dato che l'azione penale si prescrive in 15 anni: art. 157 n. 2 cod. pen.), o l'autore del furto venga processato prima e condannato dopo i dieci anni, il giudice non può ordinare la restituzione della cosa all'an

(¹) Cfr., da ultimo, G. STOLFI, *Foro it.*, 1937, I, 461.

tico titolare perchè *medio tempore* il colpevole è diventato proprietario di essa in base all'art. 577, il che dovrebbe sembrare assolutamente inammissibile.

Il capoverso è discutibilissimo perchè in ordine alle cose mobili parla dei « medesimi diritti » cui nell'al. 1 si fa cenno rispetto agli immobili, senza avvertire che non tutti i diritti di godimento su cosa immobile possono avere per oggetto cose mobili; nessuno vorrà dire per es. che su queste ultime possano costituirsi l'abitazione, l'enfiteusi o la servitù prediale.

Art. 578

Chi acquista in buona fede la proprietà o un diritto reale di godimento sopra un immobile in forza di un titolo che sarebbe per sè stesso idoneo a trasferire o costituire il diritto e che sia debitamente trascritto, ne compie la prescrizione mediante il possesso continuato per cinque anni dalla data della trascrizione.

Non risulta chiaro che il titolo dev'essere viziato, sembrando insufficiente e comunque poco corretta la frase « che sarebbe diritto ». E, dovendosi modificare questo inciso, sarebbe opportuno risolvere la questione agitatasi di recente se il vizio qui considerato dipenda solo dal fatto che l'alienante non era proprietario o sia invece un qualunque vizio se non di forma almeno di sostanza che possa vulnerare pure il negozio consentito *a domino* ⁽¹⁾: è preferibile scegliere la prima tesi che è la più diffusa, ma se si adotta la seconda bisogna armonizzare la norma in parola col precetto dell'art. 367 n. 5 e 6.

Art. 579

Chi acquista in buona fede senza titolo idoneo il possesso su cose mobili o titoli al portatore, ne acquista la proprietà o il diritto corrispondente mediante il possesso continuato per tre anni...

⁽¹⁾ Cfr., in argomento, MONTEL, *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 857; *Riv. dir. civ.*, 1935, 181; PUGLIESE, *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 657; CHERCHI, *Riv. dir. civ.*, 1935, 169; M. LONGO, *Mon. trib.*, 1936, 33.

Siccome per l'art. 542 al. 1 la buona fede si presume fino a prova contraria, è facile intendere come per i mobili la prescrizione abbreviata diventerebbe la regola e quella ordinaria l'eccezione: ad evitare tale risultato sarebbe forse utile discutere se non sia il caso di invertire la presunzione suddetta e obbligare il possessore a provare la sua buona fede, se vuole prescrivere in tre anzichè in dieci anni.

Comunque, nella frase iniziale bisogna chiarire se il possesso è acquistato o a titolo di proprietà o anche a titolo di usufrutto, uso, ecc., in mancanza di che ogni lettore si domanda invano quale sia il « diritto corrispondente », essendo la parola « proprietà » l'unica cui possa riferire il sostantivo suddetto.

Art. 580 al. 3

Non si può rinunciare alla prescrizione prima che questa sia compiuta.

Non è meglio stabilire che è inamissibile, oltre la rinunzia, anche l'abbreviazione consensuale del termine di prescrizione?

Art. 581

I creditori di colui che acquista mediante la prescrizione e ogni altra persona interessata possono farla valere in luogo di colui che ha prescritto. I creditori possono anche impugnare la rinunzia se questa sia fatta in frode delle loro ragioni.

Perchè richiedere la frode di cui non parla l'art. 2111 cod. civ.? e perchè limitare l'inopponibilità della rinunzia ai soli creditori e non a qualunque altro interessato com'è detto invece con molta sagacia nel codice vigente?

Art. 582 al. 1

Se, dopo la costituzione di diritti su una cosa mobile a favore di terzi, taluno acquista il possesso della cosa medesima come libera e ne compie la prescrizione, acquista la proprietà libera della cosa stessa, semprechè sia trascorso il termine pari a quello necessario per la prescrizione acquisitiva dei diritti medesimi.

Non si capisce perchè l'*usucapio libertatis*, respinta per le cose immobili (art. 582 al. 1, 365 e 367 n. 1) sia invece ammessa per i mobili: chi non ritiene esatti i rilievi enunciati nella Relazione, p. 249, per giustificare la seconda soluzione deve scartarla nettamente; chi li ritiene invece esatti deve per coerenza logica assoggettare allo stesso regime tutte le cose e sopprimere quindi in ordine agli immobili le tre norme suindicate.

Art. 583 al. 2

Colui al quale l'enfiteuta ha alienato il fondo quale proprietario non ne acquista la proprietà per prescrizione se non trascorsi dieci anni.

Si applicherà ciò non ostante l'art. 578 all'acquirente in buona fede, o si vuole con l'art. 583 al. 2 stabilire che l'avente causa dall'enfiteuta può prescrivere solo nel termine ordinario di dieci anni?

Art. 584

La prescrizione non corre:

5) in generale fra le persone che per legge sono sottoposte alla amministrazione altrui e quelle a cui l'amministrazione è commessa, finchè non sia stato reso e approvato definitivamente il conto.

Perchè si riproduce nella sua formula attuale il corrispondente alinea dell'art. 2119, che ha alimentato la disputa ⁽¹⁾ se la prescrizione sia sospesa tra la persona giuridica ed il suo rappresentante?

Art. 588

Nei casi in cui è sospeso il corso della prescrizione riguardo alle cose mobili e ai titoli al portatore, la sospensione ha luogo così nella prescrizione triennale come in quella quinquennale.

(1) Cfr., in vario senso, CARNELUTTI, *Foro it.*, 1932, I, 1561; PUGLIATTI, *Foro della Lomb.*, 1933, 118; LORDI, *Riv. dir. comm.*, 1933, II, 105; 1937, II, 420; L. COVIELLO, *Giur. it.*, 1934, I, 1, 134; TEMPESTA, *Studi per D'Amelio*, III, 374 e seg.

Se per i mobili la prescrizione ordinaria è la decennale (art. 577) e quella abbreviata è la triennale (art. 579), com'è possibile sospendere il corso della prescrizione *quinquennale* che riguarda soltanto gli immobili (art. 578) e non i mobili?

Art. 590

La prescrizione è pure interrotta da una citazione ancorchè davanti a giudice incompetente, da un precetto o ad un atto di sequestro o da qualunque altro atto che costituisca il possessore in mora.

Quando la legge esige la chiamata per la conciliazione come preliminare necessario dell'azione, ecc.

Nel corrispondente art. 2125 al. 1 cod. civ. si dà efficacia interruttiva all'atto che costituisce in mora l'obbligato, perchè la prescrizione concerne le azioni reali e le personali, ma, siccome nel progetto la prescrizione riguarda soltanto le reali, non si può mantenere l'al. 1 nella formulazione attuale.

In ordine al secondo comma, giova osservare che la sospensione è giustificata nell'odierno art. 2125 al. 2, che riguarda anche le azioni personali, ma è superflua nell'art. 590 al. 2, data la mancanza di azioni reali per cui sia imposto il tentativo obbligatorio di conciliazione.

Art. 591

La interruzione si ha come non avvenuta:

1° se la citazione è nulla per incompetenza dell'ufficiale pubblico, a meno che non possa valere come atto per mettere in mora;

4° se la domanda è rigettata.

Il n. 1 lascia in dubbio circa gli effetti interruttivi della citazione davanti a giudice incompetente: la prescrizione interrotta riprende a decorrere dal giorno della citazione non ostante la pendenza del processo avanti al giudice incompetente interrompe la prescrizione, purchè il processo sia instaurato avanti a giudice competente entro un termine breve e perentorio dalla dichiarazione d'incompetenza.

In ogni ipotesi occorre coordinare la disposizione con quelle del futuro codice di rito.

Nel n. 5 sarebbe opportuno decidere la nota disputa ⁽¹⁾, se occorra il rigetto in merito o basti quello in rito della domanda perchè la prescrizione sia interrotta.

Prof. PIETRO VACCARI, *Preside*

Prof. GIUSEPPE STOLFI, *Relatore*

⁽¹⁾ Cfr. in proposito MORTARA, *Commentario*, III, n. 228; CHIOVENDA, *Principi*, pag. 140 e seg.; N. COVIELLO, *Manuale*, pag. 471, nota 2.