
Tutti i diritti riservati

OSSERVAZIONI GENERALI
OSSERVAZIONI PARTICOLARI
(Titolo I e II)

Relatore: Prof. CESARE GRASSETTI

TITOLI I E II

OSSERVAZIONI GENERALI

La Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Catania, chiamata a dare il proprio parere sul progetto del secondo libro del codice civile, sente anzitutto il dovere di esprimere il suo deferente, vivissimo plauso per l'opera sagace e profonda compiuta dalla Commissione Reale che ha redatto il progetto. Esso costituisce, nel suo complesso, una riforma degna delle nostre tradizioni e rispondente all'intento di adeguare il nuovo diritto alle esigenze dell'era nuova: compito, questo, particolarmente arduo perchè, come è giustamente avvertito nell'introduzione alla relazione, la materia regolata nel libro II, ancor più che quella disciplinata negli altri libri, richiede una profonda e attenta osservazione dell'orientamento impresso dal Regime Fascista a tutto l'ordinamento sociale ed economico della Nazione. Anche dal punto di vista sistematico e tecnico-legislativo, il progetto contiene innovazioni importanti e segna un progresso notevole.

Ciò premesso, la Facoltà esprime quelle osservazioni, così di carattere politico come di carattere tecnico-legislativo, che, nel tempo concesso all'esame del relatore, sono apparse più salienti. Non senza però avanzare alcuni dubbi di carattere generale che, sebbene espressi qui con riguardo ai primi due titoli del libro, potrebbero essere riproposti a proposito degli altri titoli.

a) Un primo, e gravissimo dubbio, concerne l'assunzione nel progetto di una serie di regole di carattere dottrinale, delle quali è per lo meno discutibile non tanto la necessità quanto l'opportunità di inserzione nel codice. Questo rilievo di carattere generale vale massimamente per un cospicuo numero di definizioni accolte nel progetto.

Non è questa la sede per affrontare il grave problema relativo ai limiti della competenza materiale legislativa. Ma certo è, per comune consenso, che già nel vigente codice civile troppe cose si trovano che esser non vi dovrebbero: e conviene che il progetto riduca, e non allarghi, il numero delle disposizioni suscettibili di siffatta critica. Giustissimo è quanto dice Bacone, *leges non decet esse disputantes, sed jubentes*. Ma fu un errore di visuale, dovuto alle correnti di pensiero che precedettero ed in gran parte originarono la codificazione napoleonica, aggiungere dover anche le leggi istruire, *et docentes*. Ufficio del legislatore è *imperare*, non *docere*. Il legislatore deve fare un codice, non un'opera di dottrina: e perciò è bene che nel codice non siano ripetute, ovvero lo siano nella minore misura possibile, le classificazioni, le sistemazioni, le costruzioni, appunto perchè esse non appartengono alla competenza materiale legislativa e, quando sono formulate nei testi, non vincolano l'interprete più di quanto vincoli una autorevole opinione scientifica. Il rilievo vale, a maggior ragione, per le definizioni, almeno per quelle che sono definizioni vere e proprie, cioè che non pongono elementi condizionanti il dispositivo di altre norme giuridiche. Del resto il problema concernente l'opportunità di introdurre nei codici le definizioni è tutt'altro che nuovo. Esso fu sollevato in tesi generale, a proposito della definizione della donazione, durante la redazione del codice civile francese, in una discussione al Consiglio di Stato che fu resa famosa dall'intervento del Primo Console. Fu allora osservato da taluno che le definizioni appartengono alla giurisprudenza e non

alla legge, e che è pericoloso porle nei codici perchè, se inesatte, possono portare a false conseguenze. E altresì fu detto, ed assai bene, essere le definizioni il *risultato* delle disposizioni del codice: dunque, essere del dominio della scienza, mentre il codice è il fatto del legislatore. Vero è che in conclusione prevalse allora, per la definizione della donazione, l'opinione opposta. Ma vero è anche che proprio l'art. 894 cod. civ. francese — (1050 cod. civ. ital.) — ha dato luogo alle più gravi critiche, sì che questa definizione è stata completamente riveduta una prima volta, nell'art. 390 del progetto preliminare del libro III, ed una seconda volta, in seguito a numerosi rilievi, nell'art. 308 del progetto definitivo dello stesso libro. Nè si può ancora affermare che tale nuova definizione sia a pieno soddisfacente.

Concludendo su questo punto, la Facoltà segue l'opinione, che può dirsi dominante, nel negare alle definizioni ogni valore precettivo, perchè esse si riducono per lo più ad un giudizio logico, e per esse si può far questione di esattezza o di inesattezza, a seconda che si trovino in armonia o in conflitto con le singole norme che disciplinano l'istituto definito. Ravvisa perciò l'opportunità che siano eliminate dal progetto, almeno in linea di principio. E, pur rendendosi conto della gravità della questione, è confortata in tale proposta dal fatto che la stessa Commissione Reale per la riforma del codice civile si è più di una volta ispirata all'ordine di idee qui difeso, ed anche nello stesso libro II: ad esempio, sopprimendo la definizione dell'accessione contenuta nell'art. 443 del codice vigente, e dando come ragione, per tale lodevole soppressione, che si tratta di una regola dottrinarìa (rel. BARASSI, p. 55). Tale ordine di idee dovrebbe, sembra, essere costantemente seguito, e in particolare per quanto concerne gli artt. 1, 2, 9, 11, 18, ecc. del progetto. Ulteriori rilievi al riguardo saranno esposti a proposito dei singoli articoli.

b) Un secondo dubbio di ordine generale che la Facoltà ritiene di dover esprimere è di carattere inverso a quello dianzi accennato. Se il progetto contiene diversi articoli che si potrebbero opportunamente eliminare, esso presenta al contrario diverse lacune che sarebbe opportuno colmare. Anche qui si tratta di stabilire la linea direttiva della codificazione. E' evidente che il legislatore non può prevedere tutte le possibili questioni, e, se anche lo potesse, una formulazione troppo specifica non sarebbe opportuna, in quanto occorre conservare alla norma una certa elasticità, onde essa possa adeguarsi ai nuovi bisogni e possa applicarsi nel futuro senza eccessive difficoltà, anche quando per avventura siano mutate le concezioni scientifiche dominanti, come è fatale che avvenga se la scienza ha da esser progresso, ha da essere in costante divenire. Di qui, da un lato, l'esigenza della formulazione generale ed astratta della norma e, dall'altro, la opportunità di resistere alla tentazione di un dottrinarismo eccessivo che, sia detto di passaggio, è il maggior difetto del più recente codice civile germanico, di fronte al nostro codice del 1865. Ma ben diversamente si pone il problema quando si tratti di dar soluzione a controversie a lungo agitatesi nella giurisprudenza e nella dottrina, presenti alla mente dei compilatori e che non possono che attendere soluzione dal legislatore medesimo. Qui rinunciare a porre la norma, rimettendosi ai futuri sviluppi della giurisprudenza e della dottrina, è contraddittorio con il compito della codificazione. Anche se possano esservi i più giustificati dubbi circa la scelta dell'una o dell'altra soluzione da dare alla singola questione, sembra decisivo il rilievo che è preferibile una norma anche non ottima anzichè la carenza di norma, perchè l'esigenza della certezza del diritto appare, in definitiva, l'esigenza suprema. Così non è facile convenire col criterio seguito sovente dalla Commissione di riforma, e che risulta da numerosi passi della relazione, ove è avvertito che, nella disparità di

opinioni su questo o quel punto, si è ritenuto preferibile lasciare insoluta la questione.

Non solo. Ma vi sono, specie nel titolo II della proprietà, numerosi problemi che nel progetto non hanno avuto nemmeno deliberazione in sede di relazione, e sui quali non sembra opportuno che il nuovo codice perpetui il silenzio. Per non accennare qui che a due tra i problemi fondamentali, basti ricordare la questione relativa all'ammissibilità di una *proprietà temporanea* ed all'altra questione relativa all'ammissibilità di una *proprietà fiduciaria*. Il nuovo codice potrà ammettere o potrà escludere questi tipi di proprietà, sebbene, almeno per quanto concerne la proprietà fiduciaria, la ammissione si presenterebbe estremamente opportuna per dar tutela ad una numerosa serie di fattispecie che la pratica ormai conosce e la dottrina classifica. Ma, comunque sia di ciò, difficilmente si potrebbe prescindere dall'esame del problema.

c) Nè a minori rilievi dà luogo il frequente riferimento alla legislazione speciale, perpetuato, ed anzi moltiplicato, in numerose disposizioni (cfr. ad esempio artt. 3, 11, 12, 15, 17, 18, 20, 23, 24, 26, 29, 30 ecc.). Ora non è dubbio che talvolta il riferimento sia indispensabile per chi a tutti i costi vuol mantenere la definizione (esempio cospicuo l'art. 18). Ma là ove è possibile, il riferimento deve essere evitato. Altrimenti si corre il rischio di continuare l'insopportabile situazione attuale, che appunto costituisce una delle ragioni che muovono all'odierna nuova codificazione, per cui il codice civile del 1865 costituisce un nucleo intorno al quale la legislazione speciale è venuta costituendo una *glossa* talmente ingombrante e multipla, da render sempre più difficilmente evitabile quella « gloriosa incertezza della legge » che si diceva essere il *toast* preferito negli *Inns of Courts* britannici. E' chiaro che la codificazione ha fra i suoi compiti di attenuare nella maggior misura possibile, e non certo di perpetuare

e tanto meno accrescere, questa condizione di cose. Senza dire poi che se per l'opportunità di taluni riferimenti alla legislazione speciale si può discutere, in quanto si tratta in definitiva di decidere intorno all'opportunità dell'inserzione nel codice di tutta quanta la proposizione che li contiene, per altri invece il rinvio si rivela senz'altro inopportuno, come anche sarà detto a proposito delle singole disposizioni.

d) Finalmente, è opportuno distinguere tra l'esigenza di ridurre in forma concisa la norma, e l'altra *pretesa* esigenza di ridurre al minor numero gli articoli del codice. Se la concisione non ha da essere a scapito della chiarezza, è meglio assai inserire qualche articolo di più, anzichè correre l'alea di render di difficile comprensione, cioè di ambigua interpretazione, il testo della legge. In proposito gli articoli del codice del 1865 rappresentano un modello, [e anche dal punto di vista formale e stilistico], che il nuovo codice potrà anche migliorare, ma non certo dimenticare. Pertanto, nella redazione definitiva, non è dubbio che anche questo aspetto della riforma, che è almeno altrettanto tecnico quanto culturale, non sarà trascurato: raggiungendosi così anche quella uniformità tra la redazione e lo stile dei diversi titoli che è appunto compito della coordinazione definitiva ridurre in veste il più possibile omogenea.

OSSERVAZIONI PARTICOLARI

ART. I.

Si propone la soppressione, vedi considerazioni generali sub a).

Nel caso che si debba mantenere la sostituzione del concetto di *cosa* a quello di *bene*, e la definizione della cosa in senso giuridico, si osserva:

1) i concetti cui si è ispirata la Commissione, secondo risulta dalla relazione (rel. MAROI, pag. 4) non sembrano essere stati esattamente riprodotti nel progetto. Risulta dalla relazione che si sono intese come *cose corporali* quelle che si lasciano percepire coi sensi, intendendosi il criterio di tangibilità in senso lato; e si sono intese come *cose incorporali* i cosiddetti beni immateriali (art. 1466 cod. civ.) cioè quelle entità ideali che si percepiscono solo con l'intelletto. La distinzione corrisponde infatti all'insegnamento della migliore dottrina (N. Coviello, De Ruggiero) ma non risulta con precisione nel progetto. Infatti, mentre l'art. 1 parla in generale di *cose*, riferendosi alle cose corporali o materiali in senso lato, e l'art. 3 si riferisce alle cose incorporali o immateriali, dichiarando ad esse applicabili per regola le norme relative alle cose corporali, l'art. 24 considera come cose incorporali la elettricità e le altre forze naturali che viceversa sono concepite all'art. 1 come cose corporali o materiali *lato sensu*, e fa richiamo alla disciplina delle cose corporali, che è quella stessa disciplina già dettata per le forze naturali rettamente considerate come cose corporali. Pertanto occorre coordinare la disposizione di questo articolo con quelle di cui ai successivi artt. 3, 23, 24, parlandosi a) all'art. 1 di *cose corporali* o *materiali* anzichè di *cose*, chè altrimenti non si intenderebbe il riferimento alla disciplina delle *cose corporali* posto all'art. 3; b) all'art. 23 di *cose incorporali* o *immateriali* e c) all'art. 24 di *cose corporali* o *materiali* (vedi anche osservazioni all'art. 24). Che se viceversa per *cose* si vogliono intendere solo le cose corporali o materiali *lato sensu*, allora bisogna modificare il richiamo dell'art. 3, sostituendo *cose* a *cose corporali*, e modificare l'art. 24, parlando in esso semplicemente di *cose*.

2) Sta bene che, rigorosamente parlando, i diritti non sono cose, ma appare dubbia l'opportunità pratica di sottrarre alla distinzione tra mobili e immobili la cosiddetta categoria dei diritti sopra diritti. Si può anche ammettere (ma è dubbio assai)

che le disposizioni degli artt. 155, 420, 421 del progetto non rappresentino, a ben vedere, delle ipotesi di diritti sopra diritti. Ma che sarà a dire, ad esempio, per i titoli di credito?

ART. 2.

Questo articolo, stabilendo che è *universitas rerum* « la collettività di più cose *corporali* etc. » non risolve, o meglio *sembra* risolvere negativamente, la questione se l'azienda commerciale sia *universitas facti*. Sul che non vi sarebbero osservazioni da fare, anche perchè la soluzione della questione potrà trovare sede più adeguata nel futuro codice di commercio. Ma, ciò posto sembra discutibile l'opportunità della norma, di cui pertanto si propone la soppressione, anche in base alle considerazioni generali sub a), e tenuto conto altresì che non risulta dalla proposta definizione se si tratti di cosa mobile o immobile. Qualora la disposizione dovesse essere mantenuta, si propone di sopprimere il requisito della corporalità, allo stesso modo che non si reputano necessari quelli della omogeneità e della natura mobiliare delle cose.

ART. 3.

Vedi considerazioni all'art. 1, anche per la coordinazione con detto articolo. Si aggiunga che ove, contrariamente a quanto qui proposto, si mantenga l'attuale formulazione dell'art. 1, e cioè si considerino come *cose* solo le *cose materiali*, occorre sostituire alla dizione « altre cose simili o analoghe » la dizione « altre entità ideali simili etc. », perchè, nell'economia del progetto, non si tratterebbe di *cose*.

Sarebbe poi forse opportuno risolvere, in questa sede, anche la questione relativa all'avviamento commerciale, dato anche che è stato considerato in detto articolo il nome commerciale.

ART. 4-6.

Si attua in questi articoli una semplificazione notevolissima delle molteplici distinzioni e suddistinzioni poste nel vigente codice, con un gruppo di norme di cui a ragione fu detto che dà l'impressione di un capitolo di manuale anzichè di una sezione di codice (Pugliatti). Il criterio semplificatore del progetto è pertanto molto lodevole, e permette anche di giungere al risultato, inattuabile secondo il codice vigente, di dedurre negativamente la generica nozione dei beni mobili da quella dei beni immobili. Il che di fatti è attuato nell'art. 6.

Si osserva tuttavia, quanto all'art. 5, che sembra eccessiva la comprensione nella categoria degli immobili dei « materiali portati sul posto *per esservi impiegati* a sostituire i vecchi ».

ART. 8.

Alla definizione deve essere coordinato l'art. 138 del progetto, e pertanto in quest'ultimo alle parole « cose delle quali non si possa far uso senza consumarle » dovrebbe essere sostituita la dizione « cose consumabili ». Occorre altresì avvertire che si tratta di cose mobili, a simiglianza del § 92 B.G.B.

ART. 9.

Si propone la soppressione della definizione di pertinenza. Da un lato conviene osservare che la distinzione tra pertinenza e parte integrante è certo importantissima ma, come riconosce la nostra migliore dottrina, è una questione che nel singolo caso deve decidersi tenendo conto degli elementi di fatto, senza che si possano dare criteri assoluti: la questione è di fatto più che di diritto (N. Coviello); ed anche gli autori che hanno dedicato al tema indagini penetranti riconoscono che « l'antitesi fra parte e pertinenza, che sembra precisa in teoria, diventa singolarmente difficile e sfuggente nelle sue pratiche applicazioni » (F. Ferrara).

D'altra parte la definizione data dal progetto non può essere che di scarsa utilità pratica, appunto perchè ivi si fa riferimento, nè potrebbe essere diversamente, alla «comune opinione» circa la destinazione. Nel caso che la norma dovesse essere mantenuta, si propone di aggiungere che è pertinenza la cosa applicata, oltre che al servizio, anche all'uso o all'ornamento della cosa principale. Anche la norma che «l'applicazione deve essere fatta dal proprietario dell'una o dell'altra cosa» meriterebbe revisione, come già si induce dalla opportuna osservazione della relazione (rel. MAROI, pp. 7-8): fra l'altro l'attuale dizione risolve la questione che si voleva lasciare insoluta, ed è molto dubbio se la risolva nel modo preferibile.

ART. 10.

SOPPRESSIONE DEGLI ARTT. 421-4 COD. CIV. VIGENTE

La soppressione è altamente encomiabile, date le controverse che questi articoli hanno suscitato nella loro pratica applicazione, e dati i dissensi dottrinali, anche recenti, sul loro più preciso valore e significato.

ART. 11.

Questa disposizione appare sotto più aspetti degna di revisione. Già sembra discutibile l'opportunità di prescindere dall'elenco delle cose demaniali, mentre una definizione, anche se ottima, non potrebbe che essere avvalorata da una esemplificazione delle più importanti cose demaniali. Più discutibile ancora appare l'opportunità di non riconoscere la categoria intermedia del patrimonio indisponibile. Ma, anche a prescindere da ciò, ed ammesso che debba seguirsi il criterio distintivo unico tra *cose di proprietà pubblica* e *cose di proprietà privata* (sul che, ripetesi, è grave il dubbio) si osserva:

- 1) posto che nella distinzione si deve aver riguardo alla

funzione alla quale i beni sono destinati (come è linea direttiva della codificazione del libro II del progetto), è evidente che non basta l'*attitudine* a usi di pubblico generale interesse, ma occorre altresì la *effettiva destinazione* perchè si possa parlare di cose di proprietà pubblica. La formulazione attuale potrebbe dar luogo alle più strane incongruenze ed apporterebbe deprecabili incertezze per la proprietà privata, poichè il provvedimento amministrativo sarebbe costitutivo, e non più solo ricognitivo, della demanialità.

2) Non si comprende perchè la categoria debba essere limitata agli immobili.

3) In particolare non si comprende perchè non debbano essere di proprietà pubblica determinate cose mobili destinate alla difesa nazionale (armamenti, aeromobili da guerra ecc.) e viceversa debbano essere di proprietà pubblica certe cose immobili (es. una caserma) per le quali ultime assai più idoneo sarebbe il regime di patrimonio indisponibile.

4) Non si comprende l'opportunità del richiamo alle leggi speciali, ed assai preferibile apparirebbe comprendere esplicitamente nelle cose di proprietà pubblica il c. d. demanio artistico, scientifico, archeologico (anche mobiliare), il c. d. demanio minerario ecc. Torna qui opportuno richiamare (cfr. osservazioni generali sub c)) la palese antinomia che corre tra l'opera di codificazione e i riferimenti del codice alla legislazione speciale: se si tratta della legislazione futura il riferimento è inutile, ed anzi inopportuno perchè, trattandosi, come dice la relazione (rel. AZARA, pag. 13) di cose che non avrebbero i requisiti fissati nello stesso art. II per essere classificate di proprietà pubblica, non è nel codice stesso che si deve trovare affermata la possibilità, che è quanto dire la necessità, della deroga legislativa ai principii ivi formulati. Che se poi, come soggiunge la relazione, l'aggiunta si è ravvisata utile soprattutto per quelle cose che «possano essere identificate mediante interpretazione della legge stessa», cioè

a dire della legge speciale, la disposizione da un lato sembra ancor meno encomiabile per identiche ragioni, e dall'altro è inutile, stante il disposto dell'art. 3 disp. prel., mantenuto nel progetto definitivo del libro I.

5) Si parla nella relazione di diritti reali pubblici, ed in particolare delle servitù di diritto pubblico. (Rel. AZARA, p. 11). Poichè il progetto non dà alcun criterio al riguardo, sarebbe opportuno colmare la lacuna.

ART. 13.

Alla norma per la cessazione dell'uso pubblico non corrisponde una norma che regoli l'inizio della demanialità, cioè a dire che dia effetto alla destinazione all'uso pubblico. Il che sarebbe necessario anche se dovesse mantenersi l'art. 11 del progetto. Chi dichiarerà che una cosa ha attitudine ad usi di pubblico generale interesse? Dato che nell'art. 11 del progetto si comprende anche l'attuale patrimonio indisponibile (rel. AZARA, p. 12) basterà evidentemente un provvedimento dell'amministrazione. Non potrebbe bastare altrettanto per la c. d. sdemanializzazione, ad esempio, di una casa destinata a qualunque pubblico servizio? Il provvedimento solenne previsto in questo articolo sembra eccessivo se applicato in tutte le ipotesi.

ART. 16.

Anche questa norma sembra meritevole di una generale revisione. Già non si comprende bene che cosa significhi il « sono reputate cose di proprietà pubblica ». Posto che con ciò si voglia solo disporre « sono sottoposte al regime delle cose di proprietà pubblica », come dovrebbe essere intenzione dei redattori del progetto, dato che si vuol fare salva « la reale situazione giuridica degli edifici stessi » (arg. Rel. AZARA, pag. 15) si osserva:

1) Se si vuole risolvere in linea generale il problema del re-

golamento giuridico delle chiese indipendentemente dalla loro appartenenza, e sulla base unica del loro carattere obiettivo di edifici destinati esclusivamente al culto pubblico, non sembra opportuna una dichiarazione di inalienabilità ed imprescrittibilità che è contraria al diritto canonico e rende problematica la proprietà privata delle chiese stesse. Meglio, se mai, dichiarare l'incommerciabilità di questi edifici con un rinvio alla disciplina canonistica, nel senso cioè che le cose destinate al culto pubblico possono essere oggetto di proprietà, perfino da parte dei privati, e di negozi giuridici, ma non possono venire sottratte all'uso del culto, anche per quanto riguarda la imprescrittibilità della destinazione all'uso.

2) Più opportuno, peraltro, sembrerebbe tener distinta la condizione giuridica delle chiese appartenenti allo Stato e agli altri enti pubblici territoriali da quella delle chiese che ad essi non appartengono: dichiarando le prime demaniali o di proprietà pubblica (salvo quanto espresso *infra* sub 3) e le seconde soggette alla disciplina del diritto canonico per ciò che concerne la tutela della loro destinazione all'uso del culto pubblico: onde non potrebbero essere sottoposte a procedura esecutiva, appunto perchè ciò contraddice alla loro destinazione all'uso del culto pubblico.

3) Occorre coordinare la disposizione con quanto disposto nell'art. 29 lettera *a*) del Concordato (cfr. artt. 10 e 12 del Reg. per l'esecuzione della legge 27 maggio 1929 n. 848, approvato con R. D. 2 dicembre 1929 n. 2262) secondo cui l'Italia concederà la personalità giuridica alle chiese pubbliche aperte al culto che già non l'abbiano.

4) Dalla relazione che accompagna il progetto (rel. Azara, p. 15) sembrerebbe che l'articolo riguardasse solo gli edifici destinati al culto cattolico. Ma ciò non risulta dalla dizione dell'art. 16 che parla di edifici di culto, e culto è anche un culto ammesso. Bisognerebbe rendere al plurale, e parlare di «edifici destinati esclusivamente all'esercizio pubblico dei culti», ovvero

inserire un nuovo articolo relativo agli edifici dei culti ammessi.

ART. 17.

Si osserva anzitutto che questa disposizione sembra in contraddizione con la precedente, perchè se gli edifici destinati esclusivamente all'esercizio pubblico del culto devono essere considerati come inalienabili ed imprescrittibili, è incomprendibile il richiamo a disposizioni diverse. Comunque certo è che non si comprende facilmente il richiamo alle norme delle leggi che riguardano il mutamento (*rectius* cessazione) di destinazione e la conseguente alienabilità (*rectius* cessazione del regime di proprietà pubblica) degli edifici di culto. Nè più chiaro è l'accenno contenuto nella relazione (pag. 16), perchè l'art. 9 del Concordato si limita a stabilire che, occorrendo per gravi necessità pubbliche occupare un edificio aperto al culto, l'autorità procedente debba prendere accordi con l'Ordinario, o, in certe ipotesi, informarlo immediatamente dell'avvenuta occupazione, e l'art. 10 esige il previo accordo con le competenti autorità ecclesiastiche per procedere alla demolizione di edifici aperti al culto. Occorre perciò risolvere il problema. Si aggiunga che ad ogni modo dovrebbe più esattamente parlarsi di «cessazione dell'uso esclusivo all'esercizio pubblico di culto», anzichè di «mutamento della destinazione».

In conclusione, si rende indispensabile una coordinazione coi precedenti articoli 11, 13 e 16.

Si richiamano inoltre le osservazioni generali *sub c*).

ART. 18.

A proposito della definizione del diritto di proprietà si richiamano anzitutto le osservazioni generali *sub a*).

In particolar luogo si deve qui accentuare che una defini-

zione soddisfacente del diritto di proprietà non potrà essere che il *risultato* delle disposizioni del codice. Di conseguenza, intesa come pura definizione, la regola può sembrare inutile. Ma forse anche essa può essere dannosa, perchè è facile la tentazione ad intenderla non come semplice definizione, ma come fornita di un vero e proprio contenuto normativo. Occorre allora osservare:

1) Che, naturalmente, altro è abolire la proprietà privata, ed altro è limitarla, cioè restringere la facoltà del privato entro più ristretti confini, così limitando la somma dei poteri riconosciuti al proprietario, come riducendo gli oggetti sui quali può ammettersi il diritto di proprietà nei privati, ma sempre però garantendo la certezza e la sicurezza delle facoltà così determinate. Ai principii del Fascismo nostro corrisponde la seconda, e non la prima, delle due concezioni, come si evince anche dalla dichiarazione VII della Carta del Lavoro.

2) Che il richiamo alla « funzione sociale del diritto di proprietà » sembra più appropriato in una esposizione programmatica, che non in un articolo di codice, che esige la certezza e la sicurezza nella sua applicazione. Giustissimo è insistere sulla « nuova concezione della proprietà privata come funzione necessaria e benefica, ma di carattere non meramente individuale, bensì anche, e soprattutto, sociale » (Alfr. Rocco) e giustamente la concezione sociale della proprietà, già *de jure condito*, è stata detta essersi tradotta in varia guisa e con consapevole energia nella legislazione fascista (Vassalli). Ma il risultato si ottiene *determinando* questa funzione sociale, cioè con l'imposizione di obblighi a contenuto positivo al proprietario. La astratta funzione sociale assume infatti atteggiamenti e fisionomie differenti in relazione alle concrete finalità da raggiungere (Pugliatti), ed è questo che importa determinare. La « funzione sociale del diritto di proprietà », espressa in formula generica, non può significare che un rinvio; intesa come principio di valor generale ed a sè stante, importa un potere discrezionale del magistrato o della pubblica

amministrazione, che distrugge l'essenza stessa del diritto di proprietà.

3) Che poichè il capoverso dell'articolo impone *inoltre* l'osservanza dei limiti posti dalle leggi e dai regolamenti, ne consegue che il limite posto dalla funzione sociale del diritto di proprietà sarebbe un limite ulteriore, il che conferma l'estremo arbitrio che la disposizione assegnerebbe al magistrato.

4) Non si comprende perchè sia stata conservata la formula, generalmente criticata, di « diritto di godere e di disporre ». Meglio sarebbe, se mai, il punto di vista da cui muove il § 903 del codice civile germanico. Ma sempre meglio non definire.

5) La formula « in modo esclusivo » non sembra preferibile a quella, sostenuta nel vigente art. 436 cod. civ., « nella maniera più assoluta »; e in proposito occorre anche coordinare la definizione con quella contenuta all'art. 312 in tema di comunione, per quanto appunto concerne la cosiddetta esclusività.

6) Da approvare è invece la redazione in formula affermativa, anzichè negativa, del rispetto dei limiti.

7) In conclusione, si propone di sopprimere la definizione. In caso contrario, di sopprimere il riferimento alla funzione sociale del diritto di proprietà.

8) Da ultimo cade qui acconcio rilevare che nessuna traccia di risoluzione di due fra i più gravi problemi che si agitano in tema di proprietà si trova nel titolo in esame: cioè dell'ammissibilità di una proprietà temporanea e di una proprietà fiduciaria, or l'una ed or l'altra ammessa, già *de jure condito*, da una parte della nostra dottrina (cfr. considerazioni generali *sub b*). Specie riguardo alla proprietà fiduciaria si crede qui opportuno di insistere, e con tanta maggior convinzione in quanto la stessa Commissione Reale si è in altra sede autorevolmente espressa nei seguenti termini: « la Commissione ha altresì esaminata la figura delle donazioni fiduciarie; ma dopo ampia discussione ha rite-

nuto che il problema della loro regolamentazione possa solo riprendersi in sede di revisione dell'intero codice, poichè l'argomento si estende oltre il campo delle donazioni e investe quello dei cosiddetti negozi fiduciari » (rel. MAROI al progetto preliminare del Libro III, pp. 97-8). Si ravvisa pertanto l'opportunità di una considerazione del problema anche, e soprattutto, in questa sede.

ART. 21.

Non è chiara la disposizione del primo capoverso.

ART. 22.

Il secondo ed il terzo alinea sembrano superflui, e quanto al primo sembra preferibile concedere l'azione anche quando non vi sia illegittimo esercizio del diritto: può costituire turbativa anche il semplice vantarsi di un diritto inesistente, e comunque al proprietario deve esser concessa una difesa.

ARTT. 23-24.

Non si vede ragione perchè il capo secondo di questo titolo porti l'intestazione « della proprietà sui beni immateriali » e si riferisca poi così alle cose immateriali come alle cose materiali o corporali *lato sensu*. Le disposizioni debbono poi essere coordinate con gli artt. 1-3 (vedi osservazioni a detti articoli).

A rigore, anzi, l'art. 24 dovrebbe essere soppresso, dato l'attuale tenore dell'art. 1.

ART. 25.

La prima parte della disposizione va modificata in relazione con l'art. 94.

Il capoverso rappresenta una innovazione legislativa che appare degna di ogni encomio.

ART. 26.

Sembra sufficiente dire «acque... che non siano pubbliche». Il riferimento alle leggi speciali sembra inopportuno.

ART. 27.

Se, a termini dell'art. 1, è cosa «l'entità naturale suscettibile di appropriazione o di utilizzazione» e più restrittivamente, a termini dell'art. 24, può essere oggetto di proprietà «la forza naturale in quanto sia suscettibile di appropriazione *per parti o quantità determinate*», appare chiaro che *cosa* non è lo spazio sovrastante al suolo, o quanto meno che non è cosa che possa essere oggetto di proprietà. Già sotto questo aspetto la formulazione dell'articolo merita di essere riveduta, sembrando più precisa la formulazione del § 905 B.G.B.

Ma a più gravi problemi pratici darebbe luogo l'adozione del criterio della destinazione del fondo. Sembra preferibile dire che il proprietario ha facoltà di utilizzare lo spazio sovrastante fino a che ne abbia interesse, indipendentemente dall'utilizzazione e tanto meno dalla destinazione del fondo, e sempre con divieto degli atti emulativi, con generalizzazione del principio contenuto alla fine dell'art. 25.

Quanto al sottosuolo, sarebbe meglio stabilirne la disciplina nel successivo art. 28. Necessario anche appare un più preciso coordinamento con l'ultimo capoverso di detto art. 28.

ART. 28.

Vedi osservazioni all'art. 27.

ART. 30.

Disposizione di fondamentale importanza, ed il cui criterio ispiratore è degno di ogni lode. Si osserva tuttavia:

1) L'opportunità di precisare che cosa si intenda per « minima unità culturale », il cui concetto trovasi del resto già nella relazione (rel. DE RUGGIERO, p. 28). Qui veramente sotto la definizione si cela una frazione di norma, cioè una parte del precetto giuridico.

2) Anzichè di *divieto* si deve parlare di *nullità* del frazionamento oltre il minimo previsto.

ART. 31.

Il principio informatore della disposizione è da approvare, ed è conforme del resto ai più recenti insegnamenti della giurisprudenza. Sembrerebbe però più opportuno distinguere il regime relativo alle immissioni materiali da quelle immateriali, che presentano caratteristiche particolari. Quanto alla dizione « esigenze e necessità dell'industria », uno dei due sostantivi sembra superfluo.

ART. 32.

Il limite imposto al diritto del proprietario sembra veramente eccessivo. Si rilevano inoltre le difficoltà pratiche cui darà luogo la disposizione nella parte che si riferisce al periodo di sospensione delle culture.

ART. 91.

Giustamente si osserva nella relazione (rel. BARASSI, p. 55) che l'acquisto dei frutti è completamente estraneo alla materia dell'accessione. Ma allora perchè trattarne nel Capo e sotto il titolo dell'accessione?

La disposizione non sembra poi opportuna per quanto riguarda l'abbandono del principio di diritto romano nell'ipotesi che i frutti appartengano ad un terzo.

ART. 94.

La disposizione deve essere coordinata con l'art. 25.

ART. 95.

Non si comprende se il proprietario del suolo che vi abbia incorporato materiale altrui sia tenuto al risarcimento del danno: ma, in connessione con l'art. 101, sembrerebbe di no, sebbene la relazione sembri ritenere invece l'opposto (rel. BARASSI, p. 56). Meglio chiarire, e naturalmente in senso affermativo, come è nell'art. 449 cod. civ. vigente.

ART. 96.

La disposizione si presta ad equivoci. Anzitutto sarebbe opportuno dare norma diversa a seconda che il terzo sia in buona o in mala fede. In secondo luogo, anche se le opere recano una qualche utilità al fondo, perchè il proprietario non potrebbe farle togliere dal terzo a sue spese, se non le ha ordinate e non le vuole ritenere? Miglior soluzione sembra, a questo riguardo, il vigente art. 450.

ART. 98.

Bisognerebbe considerare anche l'ipotesi che il proprietario del fondo attiguo venga a conoscenza dell'occupazione dopo la costruzione. A stare alla formulazione attuale, egli verrebbe in questo caso a perdere senza alcun rimedio o eccezione la proprietà del suolo occupato.

ART. 99.

La relazione osserva che per la separabilità occorre anche il presupposto di un vantaggio per il separante (rel. BARASSI, p. 57). Il che però non risulta nell'attuale formulazione, che anzi sem-

bra riferirsi ad una convenienza economica obiettiva. D'altra parte, dal punto di vista subiettivo, può darsi che l'un proprietario abbia convenienza e l'altro no. Che dovrà decidersi?

ART. 101.

Vedi osservazioni all'art. 95.

ART. 102.

Sembrerebbe opportuno distinguere a seconda che l'artefice sia in buona o in mala fede.

DELLE COSE DI PROPRIETA' PUBBLICA
E DI QUELLE DI PROPRIETA' PRIVATA DELLO STATO
E DEGLI ALTRI ENTI PUBBLICI
(Art. 11-17)

Relatore: Prof. MARIO PETRONCELLI

DELLE COSE DI PROPRIETÀ PUBBLICA E DI QUELLE DI PROPRIETÀ PRIVATA DELLO STATO E DEGLI ALTRI ENTI PUBBLICI

La relazione al capo II del secondo libro del Codice civile comincia col dichiarare che si è ritenuto necessario, « per ragioni di coordinamento, e utile, per una migliore impostazione sistematica, non soltanto mutare la rubrica e parlare di « *cose di proprietà pubblica e di cose di proprietà privata* », ma dare alle poche norme concernenti la proprietà pubblica una disciplina, che valga, nei limiti del possibile, ad eliminare gli inconvenienti segnalati dalla dottrina e lamentati nella pratica per le norme oggi vigenti ».

Per quanto riguarda la differente terminologia adottata, infatti, non può negarsi che quella del progetto in esame suoni assai più tecnica e risponda meglio alla natura del diritto che lo Stato od altro ente pubblico ha su quei beni che costituiscono la proprietà pubblica. Sebbene la etimologia di « demanio » secondo i più andrebbe cercata nel vocabolo latino *dominium*, e non ostante che l'art. 406 c. c. indichi le cose in genere come « oggetto di proprietà pubblica o privata », ben è noto che una parte della dottrina ha per lo meno posto in dubbio che sui beni demaniali potesse configurarsi una proprietà da parte dello Stato. Il regime pubblicistico a cui tali beni van soggetti ha avuto l'effetto di far perdere di vista che al disotto di esso è pur sempre esistente un rapporto privatistico di proprietà che appare in tutta evidenza allorchè il regime pubblicistico venga a cessare.

Contro la teoria che escludeva un diritto di proprietà sui beni demaniali si è osservato, come è chiaro, che al momento in cui cessa la qualifica di demaniale di un bene, per l'avvenuta sclassificazione di esso, non diviene « *res nullius* » soggetto alla libera occupazione, ma rimane come oggetto di proprietà dello Stato, del Comune o della Provincia, cioè di quell'ente che lo aveva nel proprio demanio, come si desume chiaramente dall'art. 429 c. c. Anche ammessa la prevalenza del diritto pubblico per quel che riguarda la conservazione della funzionalità, l'uso e la disposizione della cosa demaniale, come la dottrina ha rilevato, quasi direi celato sotto quel complesso di diritti di supremazia che l'ente può esercitare in ordine alla cosa sta pur sempre un rapporto di proprietà.

Tenuto presente quindi quanto ormai è acquisito dalla dottrina, è manifesto che la formula « cose di proprietà pubblica » meglio dell'altra « demanio » pone in luce l'effettivo rapporto di cui tali beni sono oggetto.

A questo perfezionamento della formulazione adottata nel titolo non mi sembra però corrisponda un eguale perfezionamento del concetto quale risulta dalla definizione data dall'art. 11 del progetto. Da essa si rileva che cose in proprietà pubblica sono quelle che rispondono ai tre seguenti requisiti: *a*) siano immobili; *b*) appartengano allo Stato o ad altro ente pubblico territoriale; *c*) 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.

Lascio da parte per il momento ogni considerazione su quest'ultima categoria di cose le quali pur non avendo tutti i requisiti son dalla legge da considerarsi pubbliche e vengo all'esame dei tre requisiti singolarmente presi.

Per quel che concerne il primo requisito la disposizione del progetto non fa che porre in evidenza quanto ormai era fuori

discussione nonostante che nel c. c. vigente non si trovi espressamente stabilito. Nella elencazione dell'art. 427 c. c., infatti, tutti i beni considerati erano immobili ma siccome la dottrina svolgendo il concetto di demanio è pervenuta alla conclusione che la elencazione in detto articolo contenuta non è tassativa, bensì semplicemente esemplificativa, poteva anche nascere il dubbio se essenziale alla nozione di demaniale fosse la qualità di immobile. Dubbio che, in base ad ovvie considerazioni che è superfluo ripetere, la dottrina aveva risolto appunto nel senso che solo le cose immobili possono far parte del demanio. In sede di nuova legislazione però, anche se oggi oramai è pacifico, non è male si riaffermi tale principio.

Eguualmente per quel che riguarda l'appartenenza dei beni il testo del progetto non può prestarsi sostanzialmente a critica perchè, come giustamente avverte la relazione, ormai generalmente si ammette «che non possa attribuirsi la qualità di proprietà pubblica a cose che, sebbene possano essere a servizio della collettività, appartengano in proprietà di privati».

Ma a questo proposito è bene distinguere tra i vari casi che la prassi può presentare. E' pacifico che la cosa in proprietà di privati non può costituire bene demaniale per la mancanza del requisito della appartenenza ad un soggetto pubblico, però l'appartenenza ad un privato di un bene destinato all'uso pubblico, almeno secondo quanto una recente apprezzata dottrina ha rilevato (venendo ad escludere che solo un ente pubblico possa esercitare quella funzione) avrebbe l'effetto di non far ritenere demaniali e quindi di proprietà pubblica tutti quei beni che pur appartenendo ad un ente pubblico siano destinati a quello stesso uso.

Cioè la dottrina ha elaborato un altro requisito necessario alla nozione di bene demaniale, quello che detto bene sia direttamente applicato ad una funzione esclusiva dell'ente stesso. Per citare un esempio, si è esclusa la natura demaniale dei cimiteri

perchè si è fatto osservare che non è *funzione esclusiva* del Comune quella di procedere alla sepoltura dei cittadini. Tesi questa che ha trovato il suo fondamento nelle disposizioni del Regolamento di polizia mortuaria 25 luglio 1892 n. 448, il quale agli art. 107 e seg. prevede l'esistenza di «sepolcri particolari eretti da privati in terreni di loro proprietà per deporvi cadaveri o ceneri di persone appartenenti alle loro famiglie» purchè soggiacciono anch'essi a determinate prescrizioni e «alla vigilanza dell'autorità comunale, come i cimiteri comuni» (art. 114).

Questo requisito della esclusiva funzione la dottrina aveva ritenuto di doverlo desumere dal diritto positivo. Nel progetto non sembra vi sia traccia d'accoglimento di un tale principio e non credo che la mancanza possa complicare la pratica.

Mi sembra, invece, che il progetto contenga una lacuna allorchè sia da disciplinare la particolare condizione giuridica di quei beni che appartengono a privati, e quindi difettino del secondo requisito perchè possano essere ritenuti demaniali, ma tuttavia presentino gli altri requisiti più sopra elencati, e cioè, in altri termini, siano immobili che abbiano l'attitudine a usi di pubblico generale interesse. La relazione al progetto ha detto semplicemente che «si potrà parlare in tal caso di diritti reali pubblici (per es. una servitù di uso pubblico) ma non di proprietà pubblica», ma non vi è chi non veda come troppo poco sia questo in una materia che proprio dal nuovo codice attende la sua sistemazione sino a questo momento affidata tutta a scarsi e, mi sia concesso dirlo, assai lacunosi dettami della dottrina e della giurisprudenza.

Nel codice vigente, come è noto, non si trova traccia di regolamento della servitù di uso pubblico, ma la dottrina, precisamente dovendo definire la natura del vincolo che grava alcuni immobili di proprietà privata ma destinati ad un uso pubblico,

o che comunque presentano una utilità in servizio della collettività, ha ritenuto, almeno secondo i più, che quella facoltà di godimento spettante al pubblico venga a costituire un diritto reale parziario che forma parte del demanio dello Stato o di altro ente pubblico, a seconda dei casi. Siccome oggi si parla di proprietà pubblica e non di demanio, anche senza la chiarificazione della relazione al progetto, non vi è dubbio che dalla dizione stessa dell'art. 11 non si sarebbero potuti ritenere di proprietà pubblica tali diritti reali limitati gravanti la proprietà di un privato. Ma se non si può parlare di proprietà, non va dimenticato che neanche il termine di servitù risulta appropriato. Infatti, non solo manca una precisazione del soggetto titolare di quel diritto che viene chiamato di servitù in quanto non si sa se esso sia l'ente pubblico od il cittadino che della cosa ha il godimento, ma addirittura non si può inquadrare il contenuto di tale diritto nè nelle servitù prediali, nè in quelle personali.

Se in particolari casi, che ritengo superfluo ricordare, può ben parlarsi di una servitù prediale pubblica perchè si ha un peso imposto ad un fondo a vantaggio di un bene immobile demaniale, e nel codice vigente e nel progetto numerose disposizioni disciplinano una serie di fattispecie che la prassi può presentare, manca del tutto ogni regolamentazione circa il caso tipico di beni in proprietà di privati sui quali si riconosce dalla giurisprudenza il diritto della collettività di esercitare una particolare facoltà di godimento.

Questa materia non può assolutamente ritenersi sufficientemente disciplinata dall'art. 267 del progetto che tratta delle cosiddette servitù irregolari, perchè esso si riferisce troppo a casi singoli di utilità disposta a favore di una persona singola; è necessario che proprio in sede di nuova codificazione il legislatore dia quella parola che sola può eliminare tante incertezze le quali assai spesso si risolvono in ingiustizie a danno dei privati. E sarebbe assai lodevole che il legislatore formulasse una norma

non solo sul regolamento di questi rapporti ma anche sul sorgere e cessare di essi.

Inoltre anche sulla stessa formulazione di immobili « appartenenti allo Stato o a altri enti pubblici territoriali » può osservarsi qualche cosa perchè il concetto di ente pubblico territoriale è ben definito. Con tale termine si intendono soltanto i Comuni e le provincie, mentre forse l'elaborazione dottrinale potrà mostrare la necessità di ritenere di proprietà pubblica anche immobili appartenenti, ad esempio, ad un consorzio che non appartiene certo alla categoria degli enti pubblici territoriali. Forse sarebbe più opportuno, anche in considerazione dei futuri sviluppi, usare un termine più generale. Certamente migliore dizione sarebbe quella di « subbietto della pubblica amministrazione » che la dottrina ha già usato, forse ancora migliore una dizione suscettibile di maggiori applicazioni.

Il terzo requisito che il legislatore richiede alla nozione di proprietà pubblica è, come si è detto più sopra, variamente configurato. Può manifestarsi come una attitudine « a usi di pubblico generale interesse », di una destinazione « alla difesa nazionale », oppure risultare da espressa disposizione legislativa che considera quei determinati beni immobili come parte della proprietà pubblica. Di quest'ultimo caso lo stesso progetto ci dà un esempio nel successivo art. 16 che più appresso esamineremo ove si dice che « sono reputate cose di proprietà pubblica gli edifici destinati esclusivamente all'esercizio pubblico del culto », e siccome viene a configurare una situazione del tutto speciale, si può per ora da esso prescindere.

Anche il caso di cose destinate alla difesa nazionale, che nella dottrina vigente van classificate sotto il termine di demanio militare, non presenta particolari problemi; qui, come nell'altro precedente, in realtà si tratta di un complesso di beni il cui in-

teresse deriva non dall'uso diretto da parte della collettività, ma da supreme ragioni di difesa nazionale. Di un campo cioè in cui sempre l'interesse pubblico deve prevalere a quello privato, di modo che logico è il completo assoggettamento di quei beni al regime delle cose pubbliche.

Ampia discussione suscita all'opposto il terzo requisito richiesto dal legislatore nel caso normale dei beni demaniali. Che cosa infatti si deve intendere per attitudine a uso di pubblico generale interesse?

La relazione al progetto, che per questa parte è opera del Presidente Antonio Azara, è molto diligente nel riassumere lo stato della dottrina per questo regolamento, «che è quello differenziale della proprietà pubblica dalla proprietà privata, e cioè l'uso pubblico della cosa».

Non è il caso di ripetere la elencazione delle varie tesi formulate a proposito di questo elemento, ma è certo che, nonostante il codice facesse tra i vari beni una bipartizione, la prassi poi ha reso necessaria una tripartizione, adottata dallo stesso legislatore, in beni demaniali, beni del patrimonio indisponibile e beni del patrimonio disponibile, a seconda del grado d'ofelimità che detti beni presentano per la collettività.

Ora, lasciando da parte i beni del patrimonio disponibile che rimangono senz'altro inclusi e disciplinati dagli art. 14 e 15 del Progetto, si deve ritenere che la formula usata dal legislatore possa senz'altro essere comprensiva dei beni che presentano requisiti tali da essere inclusi presentemente tra quelli demaniali o tra quelli del patrimonio indisponibile?

Il relatore dice senz'altro di sì asserendo che la Commissione ha preferito adottare una formulazione ispirata «a una concezione già attuata nel nostro diritto positivo in materia di acque pubbliche, che ha fatto buona prova». Cioè, la dizione adottata anche dalla legge sulle acque pubbliche (T. U. 11 dic. 1933, n. 1775) che sono cose di proprietà pubblica quelle «che abbiano

l'attitudine a usi di pubblico generale interesse », dice il relatore, ha inteso comprendere « tra tali cose tanto quelle che siano soggette ad uso diretto ed immediato da parte della collettività quanto quelle che, per loro natura o anche mediante l'opera dell'uomo, siano suscettibili dell'uso anzidetto e a questo siano destinate quanto, infine, quelle che oggi sono incluse nel cosiddetto patrimonio indisponibile ». Ma, a dire il vero, se alla commissione può rendersi elogio per l'informazione che ha dimostrato dello stato della dottrina, non altrettanto mi sembra che in iure condendo abbia escogitato una formula degna di elogio o, quanto meno, esente da critiche.

Per comprendere appieno le molte questioni che la formulazione che si vorrebbe adottata può sollevare, bisogna pensare che altra è la utilità tutta particolare che le acque possono presentare ed altra è quella, molteplice e svariata nella sua applicazione, che può presentare un edificio, un fondo.

Nelle acque sorgenti, fluenti e lacuali l'attitudine ad usi di pubblico generale interesse, se ben si riguarda l'art. 1 del citato testo unico, è senza dubbio mutevole in relazione alla entità del corso dell'acqua, al sistema idrico al quale appartiene, (in modo che restano giustificate le molte contestazioni già sorte in proposito) ma nel complesso si tratta di un criterio di utilità che ha dei punti di riferimento ben determinati.

Ma se la formula adottata per le acque viene assunta come pietra di paragone per la molteplicità di cose di cui si contesta la proprietà pubblica, io stento a ritenere che possa comprendere anche i beni del patrimonio indisponibile, ove si prescinda dalla spiegazione del relatore che, come la storia della giurisprudenza dimostra, ben poco illuminerà l'interprete di domani.

Uso di pubblico generale interesse è, sotto un certo riflesso, anche quello che l'ente ha su di un bene in proprietà privata in quanto non vi è dubbio che l'utilità che da esso ricava, magari indirettamente, costituisce per l'ente un vantaggio che

si risolve in vantaggio generale dei cittadini. Comprendo come questa sia un'osservazione che ha un poco del paradossale, ma per altro la formula adottata non va. Essa si basa, se non mi inganno, tutta su quel carattere *generale* che l'interesse pubblico ha, ma tale termine troppo risente dell'influsso della dottrina la quale ha distinto tra beni di cui i cittadini godono *uti singuli* e beni di cui viceversa godono *uti universi*. Non solo, ma se si parte poi non dall'uso effettivo ma semplicemente dalla *attitudine* che implica un concetto di possibilità, anche puramente teorica, non so ove si possa giungere. Qualsiasi fondo ha una attitudine ad essere trasformato in una pubblica piazza od in una pubblica via, qualsiasi edificio, magari mediante opera dell'uomo, può essere adibito a sede di un ufficio pubblico ed allora dove si arriva?

Non credo sia necessario dilungarsi in esempi per comprendere come la formulazione proposta si presenta gravida di casi pratici che, se non preventivamente eliminati, molto lavoro offrirebbero alla giurisprudenza.

Se mi fosse lecito esprimere un suggerimento forse preferibile sarebbe la formula che o si riferisse ad un uso immediato dei singoli, oppure, ove il legislatore ritenesse opportuno restare alla bipartizione, facesse rientrare nella proprietà pubblica le cose destinate « all'uso immediato dei singoli od anche ad un pubblico servizio ». Tutti quei beni che presentino tali requisiti si potrebbero considerare di proprietà pubblica lasciando poi alla elaborazione dottrinale, come giustamente dice la relazione, il fare l'elenco di essi.

Nulla il progetto ci dice circa il momento in cui sorge l'uso pubblico di generale interesse, ma più che di un difetto qui credo si possa parlare di voluto silenzio per esigenze pratiche e, soprattutto, per lasciare la necessaria agilità all'amministrazione nel

raggiungimento dei suoi fini. E non bisogna poi dimenticare che ove si fosse richiesto un atto legislativo per la nascita della proprietà pubblica si sarebbe praticamente ridotta questa a tutti casi di quella natura eccezionale che viene prevista dall'ultima ipotesi prevista dall'art. 11.

Viceversa per la cessazione è bene si sia stabilita una formalità (art. 13), la quale toglie ogni stato di incertezza anche se per necessità di cose ritarderà un poco la libera disponibilità di quel bene. Forse è troppo richiedere per la sclassificazione di un bene di secondaria importanza (ad esempio una via di scarso traffico) la solennità del Decreto reale e della deliberazione del consiglio dei ministri sentito il Consiglio di Stato, ma non bisogna dimenticare che sin qui troppo si è largheggiato o con l'ammettere la cessazione della demanialità per semplice non uso ab immemorabili, od in qualche caso per semplice provvedimento della pubblica amministrazione. Si deve pienamente plaudire a quanto la relazione osserva che non debba « consentirsi che la cessazione dell'uso pubblico possa essere decisa con un atto interno della pubblica autorità », senza quelle « particolari formalità che diano piena garanzia della utilità della sclassificazione per l'interesse pubblico ». Ed egualmente senza rilievo deve essere accolta la disposizione dell'art. 12 che sancisce la inalienabilità e la imprescrittibilità delle cose di proprietà pubblica pur consentendo che l'uso di esse possa essere temporaneamente limitato a favore di determinata persona dando luogo cioè a quegli usi speciali della cosa demaniale su cui la dottrina si è tanto in trattenuta.

Gli articoli 14 e 15 del Progetto concernono le cose che o perchè hanno cessato di far parte della proprietà pubblica o per altro titolo appartengono allo Stato e agli altri enti pubblici territoriali costituendo la loro proprietà privata. Esse possono essere

alienate liberamente, salve le leggi speciali che li riguardano e cioè osservate le formalità previste dalla legge sulla contabilità dello Stato e le altre leggi speciali.

Nel progetto, infine, non si trova che un solo esempio di cose le quali pur non avendone i requisiti sono reputate di proprietà pubblica. E questo è dato dall'art. 16, che per l'indirizzo dei miei studi più mi interessa, il quale stabilisce che «sono reputate cose di proprietà pubblica gli edifici destinati esclusivamente all'esercizio pubblico del culto».

Una tale disposizione a dire il vero mi sembra forse la meno felice di tutte quelle di questo capo II concernente le cose di proprietà pubblica per una serie di ragioni che si possono così compendiare: *a*) l'inesatto riferimento che dai compilatori del progetto si fa all'art. 433 del vigente c. c.; *b*) la mancanza di una delimitazione dell'oggetto della disposizione a causa di un contrasto tra la formulazione dell'art. 16 e quella dell'art. 11; ed infine: *c*) la sua inadeguatezza alla soluzione di molti problemi che la pratica presenta in questo campo.

Comincio dal primo rilievo. I riferimenti esplicativi che il progetto contiene riportano l'art. 16 in questione all'art. 433 del vigente codice civile il quale, come è noto, suona «i beni degli istituti civili od ecclesiastici e degli altri corpi morali appartengono ai medesimi, in quanto le leggi del regno riconoscono in essi la capacità di acquistare e di possedere». Ma in realtà solo una minoranza della dottrina e della giurisprudenza ritiene ormai che il codice civile vigente abbia inteso disciplinare la condizione giuridica degli edifici di culto. Riteniamo superfluo star qui a rielencare lo stato delle discussioni che sull'argomento si sono agitate, ma sta di fatto che mentre la condizione degli edifici di culto è sempre stata, anche nell'ordinamento canonico,

indipendente dal soggetto titolare della proprietà dell'edificio materiale, il codice civile sembra avere avuto la preoccupazione di disciplinare la condizione delle cose in proprietà degli istituti ecclesiastici, cioè di una categoria di cose individuabili per un aspetto soggettivo e non per uno oggettivo.

Indipendentemente quindi da ogni altra considerazione io ritengo che le disposizioni dell'art. 433 e del successivo art. 434 c. c. non abbiano inteso in alcun modo riferirsi agli edifici di culto. Il legislatore italiano ha semplicemente voluto fissare un principio in reazione a quelli precedentemente in vigore che esentavano dalla soggezione alle leggi statuali circondando di infiniti privilegi tutti i beni, anche patrimoniali, degli enti ecclesiastici, i quali non potevano essere amministrati ed alienati se non nella forma e con le regole che loro erano proprie. Nella sua reazione il legislatore italiano ha stabilito il principio che la capacità degli enti va desunta dalle leggi civili così come alle leggi civili sono soggetti i loro beni, ma non ha fatto alcun cenno a quelle cose che sono ecclesiastiche unicamente per l'uso cui sono adibite, quali quelle destinate direttamente ad uso di culto. Queste, come la dottrina ha detto, per il principio generale dell'art. 48 delle disposizioni transitorie, debbono essere disciplinate unicamente in base alle leggi speciali.

Premesso questo ne deriva che la disposizione dell'art. 16 del progetto al libro II del codice civile è del tutto nuova nella storia della codificazione italiana che mai si era occupata degli edifici di culto e non ha nessun punto di contatto con quella dell'art. 433 del vigente codice civile.

E passo al secondo rilievo. Come più sopra si è visto, l'articolo 11 nel dare la definizione di cose di proprietà pubblica, dopo aver detto che son tali quelle immobili che appartengono allo Stato o a altri enti pubblici territoriali, ha richiesto un ter-

zo requisito, direi quasi oggettivo, e che, ripeto, consiste nella attitudine che le cose hanno a usi di pubblico generale interesse o « siano destinate alla difesa nazionale *oppure siano dalla legge considerate come parte della proprietà pubblica* ». Stando quindi alla dizione dell'art. 11 si dovrebbe ritenere che perchè una cosa debba essere reputata pubblica si possa prescindere dalla sua attitudine ad usi di pubblico generale interesse o dal fatto che non sia destinata alla difesa nazionale, come si deve arguire da quell'oppure intercalato nel testo, ma non si possa mai prescindere dall'esistenza di quei due altri requisiti richiesti alla nozione di cosa pubblica e cioè la qualità di immobile e l'appartenenza allo Stato o ad un ente pubblico territoriale. Ora non vi è chi non sappia che non tutti gli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto sono di proprietà dello Stato o di altri enti pubblici territoriali ma anzi, ove si facesse una indagine statistica, quelli che si trovano in questa condizione sono sempre stati in una quantità esigua la quale è destinata a scomparire, almeno nelle intenzioni del legislatore. Se infatti l'autorità ecclesiastica dovesse valersi appieno della facoltà concessale dall'art. 29 lettera a) del Concordato lateranense, naturalmente con le modalità stabilite dagli art. 6 e 7 della legge 27 maggio 1929, n. 848 e dagli art. 10 seg. del successivo regolamento 2 dec. 1929, n. 2262, col riconoscimento della personalità giuridica delle chiese aperte al culto si verrebbe almeno nella normalità dei casi io dico, sempre dicono altri e valenti cultori del diritto pubblico ecclesiastico, ad attuare il completo passaggio della proprietà degli edifici delle chiese dagli enti pubblici che attualmente ne sono proprietari ai nuovi soggetti. Si giungerebbe così, e non vi è una seria ragione per non ritenerlo, al risultato che in un prossimo domani non vi potrebbero più essere edifici in proprietà dello Stato o di enti pubblici territoriali ma solo edifici destinati al culto ed in proprietà di privati, che ne furono i fondatori, o di enti ecclesiastici. E siccome anche ad accogliere

la tesi che gli enti ecclesiastici siano pubblici nessuno può sostenere nè sulla base del diritto vigente nè su quella del progetto in esame che lo siano di una pubblicità che loro consenta di avere una proprietà pubblica, non vi dovrebbe essere dubbio che, impostata la questione in questi termini, nessun edificio di culto potrebbe trovarsi nella condizione di applicabilità dell'art. 16 del progetto. La situazione, a dire il vero, è tanto paradossale da far ritenere che altro sia stato l'intento del legislatore. Ed io pure sono di questo avviso e ritengo che l'art. 11 allorchè parla di cose considerate dalla legge come proprietà pubblica abbia inteso riferirsi a cose che il legislatore considera tali non solo indipendentemente dalle destinazioni nello stesso articolo considerate, ma anche indipendentemente dal requisito soggettivo della appartenenza delle medesime cose. Ma in questo caso, ad evitare la suddetta incongruenza mi permetto di consigliare che il testo definitivo invece di suonare « oppure siano dalla legge considerate come parte della proprietà pubblica » sia così formulato: « Cose di proprietà pubblica sono quelle immobili appartenenti allo Stato... etc... e quelle dalla legge considerate come parte della proprietà pubblica ».

In questo modo, e solo così, sarà possibile che il legislatore reputi, senza urtare contro l'art. 11 del progetto, come cose di proprietà pubblica gli edifici destinati esclusivamente all'esercizio pubblico del culto.

La relazione annessa al Progetto conforta la mia osservazione in quanto osserva che l'oggetto dell'art. 16 concerne questione che oggi ha assunto una importanza maggiore dati gli accordi lateranensi, e che non sempre « potesse darsi per gli edifici di culto una dichiarazione di proprietà pubblico piena ed esplicita con tutte le relative conseguenze, poichè essa non avrebbe corrisposto alla reale situazione giuridica degli edifici stessi,

il cui uso pubblico, per esempio, può subire limitazioni senza che vi sia stato l'intervento dello Stato»; nella considerazione che «di fronte al silenzio del nuovo codice, le questioni avrebbero potuto più facilmente acuirsi che sopirsi» dichiara che si è «ritenuto che potesse darsi agli edifici destinati esclusivamente all'esercizio pubblico del culto la tutela che la legge dà alle cose di proprietà pubblica, come tali considerando gli edifici suddetti».

Ma a mio avviso la soluzione adottata non sopisce, come è nella speranza della Commissione, le molte questioni sin qui agitate, ma se mai è destinata a farne sorgere di nuove.

La inadeguatezza assoluta del criterio adottato dalla Commissione per la risoluzione delle situazioni pratiche che si presentano all'interprete trova la più evidente dimostrazione nelle parole stesse del relatore poco fa citate. Se come egli riconosce, in fondo, gli edifici di culto non possono essere assoggettati al regime delle cose di proprietà pubblica che necessità vi è, e soprattutto che vantaggio, a voler per forza dare la solenne dichiarazione che sono di proprietà pubblica?

Procediamo in ordine. Poco fa ho rilevato che il concetto che sta a base della pubblicità degli edifici destinati al culto pubblico è tutto speciale ed eccezionale nei confronti delle altre cose di proprietà pubblica. Tanto eccezionale che può prescindere dallo stesso requisito dell'appartenenza ad un soggetto pubblico. Ma dopo che con tanta decisione, e rinunciando ad una sistematica classificazione, si è detto che tali edifici sono ritenuti di proprietà pubblica ecco che manca proprio quello che sarebbe lecito aspettarsi a coronamento dello sforzo di sistemazione di questa materia: cioè, manca agli edifici destinati esclusivamente all'esercizio pubblico del culto, e come tali *reputati* di proprietà pubblica, l'applicabilità dell'art. 12 che determina la inalienabilità ed imprescrittibilità delle cose di proprietà pubblica. Dice infatti l'art. 17 del progetto che «per il mutamento

di destinazione e per la conseguente alienabilità delle cose indicate nell'articolo precedente (appunto gli edifici di cui sopra) si osservano le norme delle leggi che li riguardano». Quindi, niente inalienabilità, niente imprescrittibilità, niente uso limitato per intervento dello Stato, ma applicabilità di leggi speciali le quali, lo dice la stessa relazione, sono gli art. 9 e 10 del Concordato lateranense con la legislazione che ne è derivata.

Ad un critico mosso da criteri assoluti di tecnicismo giuridico l'opera dell'eccegeta appare certo una fatica degna di Sisifo ma, pur riaffermata la inutilità di una dichiarazione di proprietà pubblica per tali edifici, non può negarsi che il contenuto dell'art. 17 era necessario.

Non bisogna dimenticare che tali edifici son ritenuti pubblici indipendentemente dal soggetto cui appartiene la proprietà di essi e che molti di essi appartengono a privati. Lo stabilire la inalienabilità assoluta di tali edifici non solo avrebbe portato ad una completa privazione del proprietario di ogni diritto sulla cosa, ma in fondo sarebbe stato anche far cosa contraria ai principi dello stesso diritto canonico a cui il Concordato e il progetto vogliono avvicinarsi.

Come in altro studio ho posto in evidenza, la dottrina canonistica non ha mai sancito una inalienabilità delle cose destinate al culto in proprietà di privati, allo stesso modo come non ha disconosciuto la possibilità di tale proprietà per i privati, sulle orme del Suarez che con assoluta precisione osservò «*nullum est ius ecclesiasticum quo omnes provatae personae vel communitates humanae incapaces fiunt talium rerum, eo ipso quod consecratae sunt*». Per il diritto canonico vigente anche la res sacra, cioè quella destinata direttamente al culto, può essere «*in dominio privatorum*» (cfr. can. 1510, 1150 etc.); ma la destinazione ad esso impresa impone al proprietario, od a chiunque disponga della cosa in base ad un qualsiasi titolo o ad semplice rapporto di fatto, di rispettare la particolare destinazione alla

cosa impressa, non adibendola ad usi profani, intendendo il termine uso non solo nel significato tecnico ma in maniera assai lata e comprensiva di ogni rapporto di godimento della cosa che al culto è destinata. Di qui si comprende che, a meno di non voler fare sorgere complicazioni infinite dal punto di vista pratico, non si poteva far a meno di stabilire che gli edifici destinati al culto pubblico non fossero senz'altro equiparati alle cose di proprietà pubblica per quel che riguarda il trasferimento del diritto di proprietà su di essi.

Ma in sede di suggerimenti al legislatore mi sembra di dover dire che se si vuole che nel codice civile in corso di redazione trovi una soluzione il problema delle cose destinate al culto debba seguirsi una via diversa che conduca a risultati più positivi. Lasciamo le cose mobili destinate al culto di cui l'indirizzo legislativo sembra non volersi occupare e veniamo alle immobili e, tra queste, a quelle destinate all'esercizio pubblico del culto di cui il legislatore italiano sembra esclusivamente preoccuparsi.

Tra gli edifici destinati al culto pubblico dovrebbe distinguersi quelli destinati all'esercizio del culto cattolico da quelli destinati al culto acattolico. Per questi ultimi siccome manca sin ora una legislazione particolare che disciplini il loro uso la dichiarazione di proprietà pubblica, dato il contenuto dello art. 17, è destinata a rimanere senza efficacia.

Differente è la posizione degli edifici destinati ad uso del culto cattolico. Per questi vi sono le norme degli art. 9 e 10 del Concordato, ricordate anche dalla relazione, e se la dizione di « aperti al culto » del Concordato si dovesse ritenere, sia pure a mio avviso inesattamente, pienamente rispondente a quella del progetto, senza dubbio meglio sarebbe stato sostituire agli articoli 16 e 17 del Concordato rispettivamente il 9 e 10 del Concordato i quali stabiliscono che « senza previo accordo con l'ordinario » i detti edifici non possono essere occupati, requisiti, de-

moliti e che la forza pubblica non può entrare in essi, per l'esercizio delle sue funzioni, «senza averne dato preavviso alla autorità ecclesiastica».

Dal contenuto delle disposizioni del Concordato cioè risulta che quando l'interesse pubblico esige che di questi edifici si faccia un uso che non sia quello ad essi naturale per la destinazione ricevuta dall'autorità ecclesiastica, l'interesse pubblico può essere soddisfatto subordinatamente al previo accordo con la medesima autorità ecclesiastica. Chiunque sia il proprietario dell'edificio, sia pure lo stesso Stato od un ente pubblico territoriale, salvi i diritti patrimoniali al proprietario spettanti, in caso d'espropriazione per pubblica utilità lo Stato nel concordato ha riconosciuto un diritto di intervento dell'autorità ecclesiastica, un potere di questa autorità.

Tale potere che lo Stato riconosce all'autorità ecclesiastica è un potere che non ha nulla a che vedere con un diritto di proprietà o con altro diritto reale ma è un potere con contenuto essenzialmente pubblicistico. Pubblicistico, ben lo si comprende, non nel senso che faccia parte dei poteri dello Stato, in quanto attui uno dei fini dello Stato, ma pubblicistico in quello stesso senso nel quale la dottrina riconosce son pubblici gli enti ecclesiastici, in quanto cioè dotati di un potere d'impero, riconosciuto dallo Stato, sugli enti e cose ad essi sottoposte.

Siccome dagli articoli del progetto si mostra la volontà del legislatore di ritenere sottratti al diritto comune gli edifici destinati al culto pubblico, a mio avviso, in conclusione ove non si voglia fissare nella solennità di un codice la formula del Concordato la quale, nonostante l'importanza del documento che la contiene, è pur sempre inadeguata a risolvere i problemi che la materia presenta, la norma dell'art. 16 del progetto potrebbe essere abolita senza danno alcuno mentre l'attuale art. 17 dovrebbe suonare così: «Gli edifici destinati esclusivamente allo esercizio pubblico del culto sono soggetti, per quel che riguarda

l'alienazione ed il mutamento di destinazione, alle norme delle leggi che li riguardano ».

Tali norme sino ad oggi sono costituite dagli art. 9 e 10 del Concordato i quali pongono il riconoscimento all'autorità ecclesiastica da parte dello Stato di una serie di quelle facoltà che in base al diritto canonico le spettano dal momento che detti edifici sono destinati al culto pubblico. Sul contenuto di tale potere, sul momento del suo sorgere e del suo cessare, se abbiano efficacia alcune norme particolari del diritto canonico, quali ad esempio quelle del can. 1510 che dichiara imprescrittibili le cose sacre in proprietà di enti ecclesiastici, potrà il legislatore dare lumi in altra sede e soprattutto la dottrina troverà il campo delle sue indagini.

I DIRITTI REALI SU COSA ALTRUI — LA TRASCRI-
ZIONE — I PRIVILEGI E LE IPOTECHE — IL POSSESSO
— L'OCCUPAZIONE ED IL RITROVAMENTO — LA
PRESCRIZIONE

(Titolo III - V - VI - VII - VIII - IX)

Relatore: Prof. ROSARIO NICOLÒ

TITOLO III.

I DIRITTI REALI SU COSA ALTRUI

CAPO I.

L'usufrutto.

La disciplina che il Progetto agli artt. 112-173 dà dell'usufrutto, è nella sua massima parte modellata su quella del codice vigente. Il giudizio potrebbe dunque essere limitato alle poche innovazioni, in buona parte giustificate, che sono state introdotte. Ma non si può non esprimere il dubbio se una riforma più profonda e decisa non fosse stata eventualmente necessaria.

L'evoluzione sempre più intensa degli elementi sociali dell'ordinamento giuridico doveva, se non altro, porre il problema della opportunità di considerare l'usufrutto da un punto di vista diverso da quello tradizionale che ha esclusivamente riguardo ai rapporti fra proprietario e usufruttuario e si preoccupa molto scarsamente della funzione attiva e dell'utilizzazione sociale dei beni che costituiscono l'oggetto dell'usufrutto. Non si può negare che i compilatori abbiano cercato di tener presenti queste esigenze; ne sono visibili tracce ad es.: l'art. 117 che in certi limiti consente all'usufruttuario di fare innovazioni sulla cosa ai fini di una sua migliore utilizzazione; l'art. 121 che permette all'usufruttuario, una volta ottenuta la relativa concessione da parte della P. A., di sfruttare le miniere esistenti nel fondo senza limiti e senza possibilità di ingerenza da parte del

proprietario, salvo il ristoro dei danni alla fine dell'usufrutto, innovando così decisamente sul sistema vigente; l'art. 136 che mitiga notevolmente la ingiusta situazione che il codice vigente (art. 495) crea per l'usufruttuario che abbia accresciuto o migliorato la cosa; l'art. 148 che pone l'obbligo, non esistente per il codice attuale, del proprietario di compiere le riparazioni straordinarie, e così via. Ma queste disposizioni non sono l'espressione di una tendenza riformatrice decisa e pienamente consapevole delle finalità da raggiungere, ma sono applicazioni sporadiche di un orientamento rimasto purtroppo allo stato latente, soffocato dal tradizionale principio secondo il quale l'usufruttuario non deve alterare la sostanza della cosa, principio che ancora nel Progetto rimane il cardine fondamentale dell'istituto.

Si ha in altri termini l'impressione che la disciplina proposta non sia che la cristallizzazione di idee, sia pure molto autorevoli e degne della massima considerazione, maturate in un tempo in cui la necessità di riformare il codice civile non era ancora sentita. Da un punto di vista di politica legislativa si tratta di vedere se il regolamento dell'istituto si debba risolvere in una disciplina più o meno perfetta dei rapporti fra proprietario e usufruttuario, sulla base di quel principio secolare del « *salva rerum substantia* », oppure se non si debba risolutamente poggiare su un principio socialmente più adeguato che, senza ledere le aspettative del nudo proprietario, tenga conto della necessità di garantire, attraerso l'attività vigile e costante dell'usufruttuario, la massima utilizzazione della cosa nell'interesse superiore della produzione. A noi pare che, se si vuole una riforma veramente duratura e vitale, il principio del « *salva rerum substantia* » attuale limite indeclinabile dei poteri dell'usufruttuario, vada decisamente attenuato.

Passando all'esame delle singole disposizioni, si ritengono opportune le seguenti osservazioni:

L'art. 112 contiene una definizione dell'usufrutto che, secondo la Relazione, avrebbe migliorato quella data dal codice vigente. Ci permettiamo di dubitare di questo asserito miglioramento e di ritenere molto più semplice e precisa la formula dell'art. 477 del codice. Inopportuna appare infatti per un testo di legge la qualifica di diritto reale data all'usufrutto; inutile la specificazione della natura mobiliare o immobiliare della cosa; malamente formulato il primo capoverso (all'usufruttuario spettano tutti i diritti di cui il proprietario potrebbe godere) dove sembrerebbe disposta l'attribuzione all'usufruttuario di diritti di cui invece il proprietario potrebbe solo godere, laddove si tratta proprio del fenomeno inverso (godimento dell'usufruttuario di diritti spettanti al proprietario), mentre invece molto più preciso era l'inciso dell'art. 477 del codice (*per come ne godrebbe il proprietario*) e la prima parte dell'art. 494. Anche il secondo capoverso non si sottrae alle critiche e non solo di ordine tecnico, perchè se si può giustificare la possibilità che l'usufruttuario percepisca solo una parte dei frutti, non si comprende bene la portata della frase finale *o con la riserva dei frutti a favore del costituente o di terzi*, in cui sembra disposta la possibilità che venga riservata a favore di persone diverse dall'usufruttuario la percezione totale dei frutti della cosa, il che significherebbe svuotare quasi interamente il contenuto normale del diritto di usufrutto e ridurre l'usufruttuario ad un semplice amministratore nell'interesse altrui.

L'art. 113, che contiene una opportuna innovazione relativa alla possibilità di fissare un termine alla durata dell'usufrutto, indipendente dalla vita del titolare, dovrebbe specificare se la norma si applichi anche al caso di usufrutto costituito per atto *mortis causa*. La *ratio* della disposizione ne imporrebbe la estensione anche a tale ipotesi, ma comunque il dubbio potrebbe sorgere di fronte all'art. 236 del Progetto definitivo per il 3° libro del codice civile che vieta assolutamente l'usufrutto successivo.

L'art. 117, consentendo all'usufruttuario di apportare alla cosa innovazioni per la migliore utilizzazione ma ferma restandone la sostanza, contiene un principio ovvio che facilmente si ricava pure dal sistema del codice, ma che non è neppure idoneo a dare un criterio preciso per risolvere le controversie che in pratica possono sorgere sulla entità di tali innovazioni. Infatti mettendo in correlazione l'art. 117 e l'art. 136 I parte che con parole diverse esprime, a proposito delle addizioni e dei miglioramenti, lo stesso concetto (l'usufruttuario ha facoltà di eseguire le addizioni e i miglioramenti che non alterino la destinazione economica), si vede che, nell'intenzione dei compilatori del Progetto, l'usufruttuario può compiere sulla cosa una serie di modificazioni che, senza alterare la destinazione economica, siano destinate ad assicurarne la migliore utilizzazione. Ora, pure ammesso che sia facile distinguere fra innovazioni, addizioni e miglioramenti, non pare che il limite negativo adottato sia perfettamente adeguato ad una concezione moderna dell'usufrutto. Specialmente in relazione ai fondi rustici, se si tien conto che può essere a volte economicamente opportuno trasformare le culture, crearne di nuove, fare opere di bonifica e così via, il criterio-limite di cui sopra può risolversi in un danno per l'economia agricola. In effetti la destinazione economica di cui parla l'art. 136 I parte o la sostanza di cui all'art. 117, non devono essere intese in un senso statico, con riferimento alla pratica seguita dal proprietario o alla destinazione da lui impressa alla cosa, ma in senso dinamico, avendo riguardo cioè alla funzione economico-sociale della cosa secondo l'apprezzamento che ne farebbe un amministratore sapiente e oculato. Per ovviare a questo esigenze potrebbe essere opportuno unificare le disposizioni dell'art. 117 e dell'art. 136 I p., accentuando il concetto che le modificazioni apportate dall'usufruttuario debbano rispondere a questi due requisiti: che siano dirette ad una sempre migliore utilizzazione obbiettiva della cosa e che quindi

non alterino quella che dal punto di vista sociale è la funzione normale della cosa stessa. Le due condizioni sarebbero così interdipendenti perchè una migliore utilizzazione obbiettiva della cosa presuppone il rispetto della sua funzione normale che è socialmente anche la più utile. Comunque anche a prescindere da questi rilievi che in verità presuppongono la revisione dei criteri fondamentali seguiti nella riforma, va osservato che l'articolo 117 andrebbe completato colla previsione della sorte delle innovazioni alla fine dell'usufrutto, analogamente a quanto lo art. 136 I e II cpv stabilisce per le addizioni e i miglioramenti, potendo altrimenti discutersi se e in quale misura l'usufruttuario abbia per le innovazioni diritto a rimborso. Che d'altra parte se si volesse obbiettare che le innovazioni rientrano, sotto questo profilo, nelle addizioni e nei miglioramenti, allora bisognerebbe derivarne l'assoluta inutilità della norma dell'art. 126.

Approvabile pare il sistema seguito dall'art. 118 nella ripartizione dei frutti naturali fra proprietario e usufruttuario all'inizio e al termine dell'usufrutto; per quanto esso sia notevolmente più complicato di quello del codice, è indubbiamente più giusto.

L'art. 120 enuncia un principio del tutto ovvio e potrebbe senza danno essere abolito; tutt'al più potrebbe essere sostituito da un semplice inciso inserito nell'art. 112 oppure nell'art. 116. Ma, tenendo presente la formulazione attuale, è necessario rilevare che la frase finale « salvo gli obblighi stabiliti nell'articolo 149 » è piuttosto strana. Infatti si giustifica facilmente l'obbligo dell'usufruttuario a pagare gli interessi sulla somma spesa dal proprietario per le riparazioni straordinarie nei limiti del maggior reddito, dato che il Progetto a lui impone l'obbligo di compierle, ma non si giustifica per le costruzioni e le piantagioni che il proprietario faccia dopo l'inizio dell'usufrutto se non vi sia stato almeno il consenso dell'usufruttuario.

Mentre per le miniere l'art. 121 consente all'usufruttuario, che abbia avuto le necessarie concessioni, di sfruttare le miniere

esistenti nel fondo, siano o meno in esercizio all'inizio dell'usufrutto, salvo l'obbligo al ristoro dei danni (al qual proposito, si dovrebbe disporre che nei casi in cui sia necessario, l'usufruttuario sia tenuto ad un supplemento di cauzione o a prestarla *ex novo* ove ne fosse stato dispensato), invece l'art. 122, per le cave e torbiere, mantiene il divieto, di cui al nostro ar. 494, di aprirne di nuove. Sarebbe forse più opportuno disporre che, in caso di opposizione del proprietario, l'autorità giudiziaria possa autorizzare l'usufruttuario ad aprire nuove cave e torbiere, ove ciò appaia utile per un razionale sfruttamento del fondo. Del resto se lo stesso articolo ammette l'intervento dell'autorità giudiziaria nell'ipotesi di disaccordo sul piano di coltivazione, non vi è nessuna ragione per negarlo nella ipotesi di ingiustificata opposizione del proprietario all'apertura di una nuova cava o torbiera. Se poi, come si potrebbe desumere dalla Relazione, la modificazione qui auspicata debba ritenersi attuata nella formula dell'art. 122, sarebbe necessario chiarire la disposizione, la cui frase finale «in caso di disaccordo provvede l'autorità giudiziaria» pare debba razionalmente riferirsi solo all'ipotesi di disaccordo sul piano di coltivazione della cava.

L'art. 124, escludendo che l'usufruttuario abbia diritto al tesoro, riproduce malamente la formula dell'art. 494 comma 3° cod. civ., perchè potrebbe far credere che all'usufruttuario spettino in qualunque caso (abbia o no concorso alla scoperta del tesoro) i diritti del ritrovatore, mentre non è questo il pensiero dei compilatori che, come dimostra il silenzio della Relazione, hanno inteso conservare nella sostanza la corrispondente disposizione del codice.

In materia di usufrutto di boschi il Progetto (art. 125) ha inteso semplificare il sistema del codice, non più corrispondente all'accresciuta importanza della silvicoltura. Può però seriamente discutersi se la proposta semplificazione, col richiamo puro e semplice alla pratica costante della regione, sia veramente

opportuna, specie se si tien conto che, in una materia così delicata come lo sfruttamento razionale ed economico del bosco, la pratica costante può soccorrere fino a un certo punto dati i nuovi orientamenti tecnici della cultura silvana. Una maggiore specificazione dunque non sarebbe inopportuna e il criterio della pratica costante dovrebbe comunque essere integrato.

L'esame degli art. 126-127 fa sorgere questo problema: l'obbligo della sostituzione degli alberi di alto fusto tagliati dall'usufruttuario, introdotto dall'art. 126 in aggiunta alla norma dell'art. 487 del codice, vale anche per l'ipotesi dell'art. 127 ossia per gli alberi periti per caso fortuito che l'usufruttuario abbia utilizzato? La lettera dell'art. 127 sembrerebbe legittimare la risposta negativa, ma allora perchè un diverso sistema è seguito per il caso si tratti di alberi fruttiferi (art. 129)?

L'art. 130, prevedendo l'ipotesi di distruzione rilevante di alberi, deroga alla norma dell'art. 129 che attribuisce all'usufruttuario la proprietà degli alberi distrutti salvo l'obbligo della sostituzione, e dispone invece che il legname morto o carbonizzato resti a disposizione del proprietario. Come è osservato anche nella *Relazione*, tale norma vuole rappresentare un beneficio dell'usufruttuario perchè non gli si è voluto addossare l'obbligo di sostituire gli alberi periti. Ma se l'usufruttuario sostituisca effettivamente gli alberi distrutti oppure (secondo l'ipotesi prevista dallo stesso art. 130) provveda a nuove piantagioni, perchè non si dovrebbe attribuire all'usufruttuario il diritto di trattenere il legname ricavato, giusta il principio degli art. 126, 127, 129? Non pare che il diritto concesso dall'art. 130 all'usufruttuario di esigere che in tale ipotesi il proprietario liberi il fondo dal legname che gli apparterrebbe, sia un compenso sensibile per l'usufruttuario che vuole neutralizzare con nuove opere gli effetti della distruzione rilevante degli alberi!

L'art. 132 potrebbe senza alcun danno abolirsi dato che il principio in esso formulato è indubbiamente di ragion comune.

L'art. 133 risolve espressamente in senso affermativo la vecchia questione dell'ammissibilità di una cessione del diritto di usufrutto, ma non si propone il problema della disciplina dei rapporti fra proprietario e cessionario, il che invece sarebbe necessario o comunque opportuno, perchè, mentre secondo l'art. 492 del codice la formula « *cessione dell'esercizio* », comunque interpretata, era già un sicuro indice del trattamento che la legge intendeva fare al cessionario e al cedente nei confronti del proprietario, tale orientamento viene a mancare colla nuova formula adottata nel Progetto. Sarebbe dunque opportuno: *a*) chiarire se la cessione vada notificata al proprietario; *b*) determinare se permanga sempre la responsabilità del cedente per le obbligazioni derivanti dall'usufrutto; *c*) disciplinare i rapporti fra proprietario e cessionario specie in ordine alle innovazioni e ai miglioramenti che questo può eventualmente aver fatto, e alla restituzione della cosa nel caso che la cessione sia consentita per tutta la durata dell'usufrutto.

Non si può dire con sicurezza se l'art. 134, che regola il diritto dell'usufruttuario a dare in locazione la cosa, rappresenti veramente un progresso legislativo nei confronti dell'art. 493 del codice. Anzitutto può essere fonte di questioni e di equivoci la prima parte della disposizione, perchè, se la frase « avuto riguardo all'uso cui le cose stesse sono destinate per loro natura o per volontà del proprietario », deve significare qualche cosa di diverso dal solito limite relativo alla sostanza o alla destinazione economica della cosa (se invece la disposizione non vuol essere che una variazione dello stesso tema andrebbe senz'altro soppressa) essa si presta ad un'interpretazione troppo restrittiva, e quindi assai gravosa per l'usufruttuario al quale deve pure essere riconosciuta la facoltà di decidere sul migliore impiego e la più conveniente utilizzazione della cosa. Il partito migliore sarebbe quello di lasciare alle parti nell'atto costitutivo dell'usufrutto la libertà di apprezzare se le locazioni eventuali siano o no compa-

tibili colla destinazione concreta della cosa, stabilendo tutt'al più che il divieto negoziale di locare la cosa sia senz'altro opponibile al cessionario o in genere a chiunque acquisti diritti sull'usufrutto (ad es. all'aggiudicatario). Relativamente poi alla sorte delle locazioni consentite dall'usufruttuario con un termine eccedente la durata dell'usufrutto, il sistema restrittivo seguito dal Progetto in confronto a quello del codice si giustifica pienamente per l'ipotesi di usufrutto a termine fisso, ma non altrettanto nell'ipotesi in cui la durata dell'usufrutto dipenda dalla vita dell'usufruttuario. Specie per le locazioni dei fondi la facoltà del proprietario di dare disdetta entro un termine relativamente breve, qualunque fosse il termine convenuto fra usufruttuario e locatario, si può rivelare assai dannosa all'economia agricola perchè scoraggia il locatario dall'imprendere opere di larga portata e lo induce invece a sfruttare frettolosamente e poco razionalmente il fondo. Del resto ad evitare il pericolo di frodi, cui si allude nella Relazione, basterebbe disporre che, ove il canone sia inferiore notevolmente alla misura praticata di solito nella regione o le condizioni notevolmente più gravose, il locatario abbia la scelta o di dare un supplemento di canone ed eventualmente modificare le condizioni, oppure di abbandonare la locazione. In ogni caso si potrebbe stabilire un termine massimo di rispetto.

Di fronte all'art. 135 che ammette la validità della clausola con cui si affida allo stesso proprietario o ad un terzo l'amministrazione della cosa data in usufrutto, si pone il problema della sua applicabilità all'usufrutto testamentario. La generica formulazione della norma dovrebbe far concludere per l'affermativa, ma proprio questa soluzione sembra praticamente inopportuna. Che l'usufruttuario sia privato dell'amministrazione, che pure è la più naturale esplicazione del suo diritto, quando egli vi consenta, si può anche ammettere, ma che tale privazione, indubbiamente anomala rispetto al contenuto del diritto di usufrutto, possa essere disposta dalla volontà unilaterale del costi-

tuate il quale può scegliere un terzo sgradito al titolare, non si giustifica affatto.

Di alcuni aspetti dell'art. 136 ci siamo già occupati in relazione all'art. 117. Qui si può aggiungere che l'art. 136, I cpv., dovrebbe prevedere l'ipotesi in cui le addizioni non si possano togliere senza arrecare danno alla cosa, possibilmente disponendo un diritto al rimborso subordinato alle stesse condizioni cui è subordinato il rimborso per i miglioramenti (136 II cpv.), e che l'art. 136 II cpv. dovrebbe, conservando la disposizione dell'art. 495, stabilire che in ogni caso i miglioramenti possono essere compensati cogli eventuali deterioramenti verificatisi senza dolo o colpa grave dell'usufruttuario.

L'art. 139 introduce una novità degna di rilievo in quanto estende il trattamento fatto all'usufrutto su cose consumabili (art. 138) alle cose mobili non consumabili che siano state stimate, autorizzando l'usufruttuario a disporne, salva la restituzione del prezzo di stima al termine dell'usufrutto. La regola trova applicazione sul presupposto dell'esistenza della stima e se non vi osti una contraria volontà delle parti o non si tratti di scorte vive di un fondo. La innovazione sembra in verità assai discutibile non solo da un punto di vista rigorosamente tecnico, dal quale si può osservare che così l'usufrutto viene del tutto snaturato anche quando non vi sia una ineluttabile necessità pratica (come vi è invece per le cose consumabili), ma anche da un punto di vista di mera opportunità, perchè potrebbe dar luogo a molteplici incertezze. Infatti si potrebbe domandare: la contraria volontà delle parti può essere anche tacita? la stima fatta potrebbe essere impugnata se ad esempio sia inficiata da errore o comunque non sia corrispondente alla realtà? la costituzione di un siffatto anomalo usufrutto importa *ab initio* attribuzione della proprietà con tutte le conseguenze che si riconnettono a tale qualifica, oppure la norma dell'art. 139 si limita a legittimare l'usufruttuario a disporre validamente malgrado che non sia il

dominus reale? la restituzione del prezzo di stima si avrà anche quando l'usufruttuario, pur non avendo disposto della proprietà delle cose mobili consegnategli, ne abbia goduto in maniera da alterarne la sostanza? la facoltà di disporre nasce al momento in cui si costituisce l'usufrutto oppure al momento in cui le cose vengono consegnate, come parrebbe doversi desumere dalla lettera dell'art. 139? Probabilmente sarebbe più opportuno invertire la regola dell'art. 139, riconoscendo alle parti la facoltà di stabilire che l'usufruttuario possa disporre delle cose date in usufrutto, salvo poi a vedere, in tale ipotesi, se si possa ancora parlare di una forma, sia pure anomala, di usufrutto. Approvabile pare invece la inversione della regola che il codice (art. 514) poneva per le scorte vive di un fondo.

Gli artt. 141-144 disciplinano l'obbligo dell'usufruttuario alla prestazione della cauzione e alla redazione dell'inventario o alla descrizione degli immobili, introducendo alcune novità dirette a semplificare e a migliorare il sistema del codice, e che in linea di massima sono approvabili. Va però osservato che l'art. 141 ha bisogno di una certa revisione formale. Infatti la frase che inizia il secondo comma «per l'esatto adempimento dei suoi obblighi» è del tutto superflua e va soppressa; l'ultimo comma enuncia un principio che invece è parzialmente contraddetto dall'art. 142 e dall'art. 143, perchè mentre secondo l'art. 141 sembrerebbe che l'usufruttuario non può conseguire il possesso non solo se non ha prestato la cauzione, ma anche se non ha redatto l'inventario dei mobili o fatta la descrizione degli immobili, invece l'art. 142 dall'omissione di tali atti fa discendere solo come conseguenza la presunzione che le cose siano state ricevute in buono stato di manutenzione (quest'ultima parola dovrebbe però essere sostituita con un'altra di significato più comprensivo), e l'art. 143 dispone che i beni saranno amministrati da persona diversa dall'usufruttuario, solo se questi non abbia offerto idonea garanzia. Inoltre gli artt. 141-142 non prevedono il caso in cui

l'usufruttuario sia dal titolo dispensato dall'inventario, onde si potrebbe discutere se anche in tale ipotesi valga sempre la presunzione dell'art. 142, oppure se l'inventario possa seguire a cura e spese del proprietario, come dispone l'art. 496 ult. cpv. del codice.

Gli artt. 146-151 che disciplinano la materia delle riparazioni ordinarie e straordinarie della cosa, pur essendo animati da principi in linea di massima approvabili, si prestano a parecchie osservazioni:

a) Andrebbe opportunamente semplificata la formula sovrabbondante del primo comma dell'art. 146; b) il capoverso dell'art. 146 giustamente esonera l'usufruttuario dal compiere le riparazioni ordinarie, già necessarie all'inizio dell'usufrutto ma pone un'eccezione per il caso che esse siano necessarie a impedire un più grave deperimento. La formulazione dell'articolo farebbe pensare che in tal caso l'usufruttuario sia addirittura obbligato a compiere le riparazioni, quasi che il pericolo di un più grave deperimento fosse un elemento sufficiente per spostare dal proprietario all'usufruttuario il carico delle riparazioni, e per invertire la loro posizione obbligatoria. Invece la soluzione più giusta sarebbe, a nostro parere, quella di riconoscere in ogni caso all'usufruttuario (in armonia a quanto per l'ipotesi inversa stabilisce l'art. 147) il diritto di chiedere l'esecuzione delle riparazioni cui il proprietario è tenuto, attribuendogli conseguentemente il potere, in caso di inadempimento dell'obbligato, di compierle a spese di questo e garantendo il credito che nascerebbe a favore dell'usufruttuario col diritto di ritenzione di cui all'art. 150 del Progetto. Inoltre il capoverso dell'art. 146 invece di una formulazione negativa «*L'usufruttuario non è tenuto*» dovrebbe adottare una formulazione positiva: «*Il proprietario è tenuto*» per due evidenti ragioni: anzitutto perchè nella formulazione attuale il capoverso appare inutile dato che il principio negativo in esso posto discenderebbe dal primo comma dello stesso articolo

che obbliga l'usufruttuario alle spese necessarie per conservare le cose nello stato in cui sono state consegnate; in secondo luogo perchè la dizione ora usata potrebbe far pensare che neppure il proprietario è tenuto alle riparazioni in questione, soluzione questa che per la sua gravità e per il danno che potrebbe portare, esorbita certamente dal pensiero dei compilatori; che se poi si volesse veramente codificare una tale soluzione favorevole al proprietario bisognerebbe, per il riguardo che si deve avere alla funzione economica-sociale della cosa, porre il carico delle riparazioni sull'usufruttuario con un incondizionato diritto di rimborso verso il proprietario. *c)* L'art. 148, 1° comma, dovrebbe più comprensivamente porre il principio che l'usufruttuario è tenuto a tutte le riparazioni straordinarie dovute a suo dolo o colpa. *d)* Sarebbe pure opportuno specificare che l'usufruttuario deve permettere che il proprietario esegua le riparazioni straordinarie, dato che non si può disconoscere l'interesse che questi ha all'adempimento specifico della sua obbligazione. *e)* L'ultimo capoverso dell'art. 148 che a garanzia del rimborso dovuto all'usufruttuario per le riparazioni straordinarie da lui eventualmente eseguite, dispone, per il caso di esecuzione forzata sul fondo, un diritto di prededuzione analogo a quello spettante al terzo possessore dell'immobile ipotecato per i miglioramenti, troverebbe miglior posto nell'art. 150 che come generica garanzia attribuisce all'usufruttuario per le medesime causali il diritto di ritenzione. Così si verrebbe a chiarire la formula dell'art. 150 nel senso che il diritto di ritenzione non potrebbe essere fatto valere nei confronti dell'aggiudicatario, essendo sostituito dal diritto di prededuzione, mentre il richiamo che l'attuale formula fa alle garanzie di cui all'art. 148 fa pensare ad una inutile e non opportuna coesistenza dei due mezzi di garanzia (diritto di ritenzione e diritto di prededuzione). Sarebbe consigliabile abolire il richiamo alla consuetudine fatto dall'art. 152 sulle orme dell'art.

506 del codice che probabilmente è destinato a non avere seria applicazione, e che comunque non appare opportuno.

Relativamente all'art. 153 si potrebbe discutere se il credito dell'usufruttuario per il rimborso di somme anticipate nell'interesse del proprietario sia o meno assistito dalle garanzie di cui agli art. 148 e 150. Se in sede di interpretazione si dovesse concludere, come sembrerebbe giusto, per la tesi negativa, si tratterebbe di vedere se non sia opportuno estendere espressamente anche alle ipotesi dell'art. 153 per lo meno il diritto di ritenzione di cui all'art. 150.

L'art. 154 riproduce alla lettera la brutta dizione dell'art. 508 e, ove si ponga in correlazione con gli artt. 160 e 162, complica ancora di più il sistema attuale. Anzitutto si potrebbe osservare che la prima parte dell'art. 154 è perfettamente inutile essendo ovvio che l'usufruttuario di cose singole non può essere tenuto al pagamento dei debiti del proprietario sia pure garantiti con ipoteca sul fondo. In secondo luogo la frase « i censi e le rendite semplici imposte sul fondo » è tecnicamente imprecisa sia perchè, almeno nel sistema del codice attuale, censo e rendita semplice sono la medesima cosa, sia perchè il debito per censo non ha nulla di diverso da un comune debito ipotecario dato che la rendita semplice, a differenza di quella fondiaria (che dovrebbe essere a carico dell'usufruttuario), non è un peso del fondo, ma solo è garantita con un'ipoteca su questo (art. 1782 del Codice). In terzo luogo la frase finale: « Se questi è costretto al loro pagamento, ha regresso contro il proprietario » dovrebbe essere formulata in modo da comprendere tutti i casi in cui l'usufruttuario provveda al pagamento dei debiti del proprietario e da far intendere che il regresso non è rimandato alla fine dell'usufrutto, per quanto, ove non si voglia espressamente estendere anche a tale ipotesi il diritto di ritenzione a garanzia del rimborso o non si voglia, come forse sarebbe consigliabile, concedere al *solvens* il beneficio della surrogazione legale, anche tale disposizione è inutile dato che

nessuno nell'ipotesi in esame vorrebbe negare all'usufruttuario che paga un debito altrui il diritto di regresso immediato contro il proprietario. Vi sarebbe inoltre a questo proposito un altro problema da risolvere: il regresso contro il proprietario è ammesso anche nel caso in cui questi non sia debitore personale, ma un semplice terzo possessore o un terzo datore d'ipoteca?

Infine la limitazione posta dall'art. 154 che sembrerebbe dover valere solo per l'usufruttuario di cose particolari, poteva essere opportuna nel codice dove all'art. 508 segue l'art. 509 che per l'usufrutto di un patrimonio poneva una diversa disciplina, ma appare poco opportuna nel Progetto dove l'usufrutto su un patrimonio, costituito per atto *inter vivos*, è parificato all'usufrutto su una massa di cose singole (art. 160), e dove la regola corrispondente all'art. 509 si trova posta solo per il caso di usufrutto cadente su una quota di eredità (art. 162).

Il primo comma dell'art. 155 che contiene una inutile nozione scolastica e che fra l'altro presupporrebbe la soluzione del grave problema dommatico sulla natura dell'usufrutto dei crediti, andrebbe abolito. Uno dei difetti del Progetto è proprio l'abbondanza di norme che in un codice non dovrebbero trovar posto.

Gli artt. 156-157 meriterebbero un'attenta revisione formale specie dal punto di vista linguistico, dato che per la loro formulazione sono fra i più brutti del Progetto. Senza dire poi che in gran parte il contenuto di tali disposizioni è assolutamente superfluo.

L'art. 161, nell'ipotesi di usufrutto avente per oggetto un'azienda commerciale, dispone che l'usufruttuario ha l'obbligo di sostituire gli elementi dell'azienda che siano stati alienati. E' stata così codificata una concezione statica e artificiosa dell'azienda commerciale la cui prosperità non dipende certo dalla sussistenza degli elementi che inizialmente la componevano. Non è affatto opportuno pretendere che alla fine dell'usufrutto l'azien-

da abbia non solo la medesima consistenza economica che aveva all'inizio, ma anche i medesimi elementi costitutivi. D'altra parte la generica facoltà dell'usufruttuario di alienare gli elementi costitutivi dell'azienda dovrebbe essere limitata ai beni destinati allo scambio, dovendosi per gli altri beni (ad es. beni immobili) non destinati a tale funzione ritenere applicabili le norme generali che secondo la loro natura sarebbero indicate. Infine il richiamo puro e semplice alla diligenza del buon padre di famiglia è una inutile ripetizione del principio generale consacrato nell'art. 112.

L'art. 162, espressamente restringendo la portata dell'art. 509 del codice al solo usufrutto di una quota di eredità (ma anche la opportunità di tale soluzione è per lo meno discutibile), non ha risolto alcuni problemi sorti nell'interpretazione della norma attualmente vigente. Ad es. i terzi creditori hanno azione diretta nei confronti dell'usufruttuario per il pagamento degli interessi, delle annualità dei debiti e dei legati? Quali modalità a garanzia dell'usufruttuario devono essere seguite nel caso in cui, per il pagamento del capitale di debiti, il proprietario faccia vendere una parte dei beni?

L'art. 163, in quanto enuncia un principio assolutamente ovvio, non merita di trovar posto in un codice e andrebbe perciò abolito.

Il capoverso dell'art. 164 col legittimare l'usufruttuario allo sperimento delle azioni *confessoria e negatoria servitutis* anche senza l'intervento del proprietario, ha accolto una soluzione praticamente inopportuna e teoricamente poco giustificabile, perchè da un lato se si ritiene che un eventuale giudicato contrario all'usufruttuario non dovrebbe essere opponibile al proprietario, si avrebbe il grave inconveniente di una inutile moltiplicazione di giudizi che invece potrebbe essere facilmente eliminato se si richiedesse per la integrità del giudizio la presenza del proprietario, e dall'altro se si ammette in ogni caso l'opponibilità del giu-

dicato, non sarebbe facile spiegare perchè l'usufruttuario debba avere la possibilità di far valere in giudizio pretese delle quali non abbia la titolarità e senza che si istituisca il contraddittorio anche nei confronti del vero titolare.

L'art. 165, mentre sostanzialmente ha inteso riprodurre con una leggera modifica il contenuto dell'attuale art. 510, in realtà con l'aggiunta dell'infelice frase finale « se trattasi di usufrutto costituito a titolo oneroso trovano applicazione le norme relative alla garanzia per evizione » ne ha in buona parte svisato il significato. In effetti il richiamo alle norme della garanzia per evizione non vale solo per il caso in cui si tratti di liti che riguardino sia la proprietà sia l'usufrutto, ma anche per il caso di liti che, secondo la dizione del primo comma, riguardano esclusivamente l'usufrutto, e inoltre non solo nel caso di usufrutto a titolo oneroso, ma anche in quello di usufrutto a titolo gratuito almeno per quelle ipotesi espressamente previste (art. 334 Progetto definitivo III Libro). D'altra parte il richiamo ai principi della garanzia può operare solo nel caso in cui come conseguenza della lite l'usufruttuario subisca una evizione totale o parziale del suo diritto, e non per le ipotesi in cui si tratti di controversie che hanno un risultato diverso. Ora la possibilità di applicare, quando ricorrano i relativi estremi, i principi della garanzia per evizione, era già insita, senza alcuna limitazione, nella formula dell'attuale art. 510 che evidentemente allude a liti che non hanno per risultato una evizione, e che quindi lascia impregiudicata l'applicabilità delle norme generali in tema di evizione. Invece la formula dell'art. 165 cpv. tenderebbe, almeno apparentemente, da un lato a limitare senza ragione la portata delle norme sull'evizione (perchè escluderebbe a priori la ipotesi di liti che riguardano solo l'usufrutto e quella di usufrutto a titolo gratuito), e dall'altro a estenderla a tutte le ipotesi in cui si tratti di liti che, a prescindere dal loro risultato, riguardino tanto la proprietà quanto l'usufrutto. La soluzione migliore sarebbe dunque

quella di riprodurre esattamente il contenuto dell'art. 510 C. C., aggiungendo tutt'al più, per quanto superfluo, un generico richiamo, da valere per tutte le ipotesi e sempre che ne ricorrano gli estremi, alle norme sulla garanzia.

In tema di estinzione dell'usufrutto il Progetto, salva la formulazione di alcune norme assai opportune (art. 167-168), ha riprodotto integralmente il sistema del codice, persino nell'art. 173 che considera ancora l'abuso da parte dell'usufruttuario come una possibile causa di estinzione dell'usufrutto. A questo proposito si può infatti domandare se, in armonia alle autorevoli proposte di alcuni scrittori, non sia più opportuno disporre che in caso di abuso si debba senz'altro far luogo alle misure cautelari che l'art. 173, 1° cpv., invece rimette all'apprezzamento discrezionale del giudice, ed escludere quindi la grave conseguenza della estinzione che si risolverebbe in un ingiustificato arricchimento del proprietario.

CAPO III.

Le servitù prediali.

Bisogna riconoscere che la disciplina proposta per le servitù prediali, ispirata al lodevole intento di semplificare la materia e di accentuare la funzione sociale dell'istituto, è alquanto migliore, almeno sotto alcuni aspetti, rispetto a quella del codice attuale. Tuttavia si può rilevare in linea generale: *a)* che il frequente ritorno ai puri principi romanistici se in qualche ipotesi può costituire un merito, in altre non è affatto adeguato alle più moderne esigenze; *b)* che in qualche punto il Progetto presenta il difetto di una eccessiva laconicità mentre in molti altri si nota la solita e strana sovrabbondanza di norme inutili; *c)* che dal

punto di vista politico qualche criterio informatore dovrebbe essere modernizzato e dal punto di vista tecnico un maggior rigore sarebbe sommamente desiderabile.

A giustificare queste osservazioni di carattere generale valgono i seguenti rilievi:

L'art. 182 contiene il solito ritocco alla corrispondente definizione che il codice attuale dà dell'istituto. Questa volta tutto si limita alla sostituzione dell'espressione « limitazione del godimento », all'altra « peso » usata dall'art. 531 del codice vigente. In verità il concetto che si vuole esprimere colle due formule è sostanzialmente identico, ma vi è comunque da dubitare se la modificazione sia veramente approvabile. La parola « peso » è certo tecnicamente imprecisa ma almeno praticamente è assai espressiva, mentre l'espressione « limitazione del godimento » per scolpire l'essenza della servitù vista dal lato passivo è ancora più criticabile, in quanto non è detto che la servitù debba importare in ogni caso per il proprietario del fondo servente una limitazione del godimento. Senza dire poi che la limitazione del godimento è una conseguenza dell'esistenza della servitù ma non il momento ontologico di questa. Naturalmente poi restano integre tutte le critiche mosse dalla dottrina alla formula del codice attuale che per il resto è stata integralmente riprodotta anche nella sovrabbondante espressione « *per l'uso e l'utilità* di un altro fondo ».

Il Progetto ha mantenuto inalterato il principio che la servitù debba rappresentare dal lato attivo un vantaggio obbiettivo del fondo, apportandovi solo una eccezione in ordine alle c. d. servitù irregolari che quasi di straforo, con una norma in verità assai laconica, sono passate nel Progetto (art. 267). Tuttavia l'art. 183 da una parte ammette la categoria delle servitù industriali, e dall'altra riconosce che il vantaggio del fondo dominante si può risolvere in una sua maggiore comodità od amenità. Ora sul primo punto si può osservare che il riconoscimento delle

servitù industriali, già ammesse su larga scala dalla nostra giurisprudenza, poteva avere una estensione maggiore di quella che risulta dalla formula adottata «favorire o proteggere la sua destinazione industriale» ancora più restrittivamente interpretata dalla Relazione. Sul secondo punto poi si potrebbe osservare che la precisazione che si vuole apportare colla frase «maggiore comodità» oltre che linguisticamente infelice, è assolutamente superflua dato che essa risulterebbe evidentemente già compresa nel concetto di utilità.

L'art. 184 disciplina due ipotesi sostanzialmente diverse: quella prevista nel capoverso suppone la inesistenza attuale o del fondo dominante o di quello servente, mentre quella prevista nel primo comma suppone la inesistenza attuale del vantaggio del fondo dominante, che pure secondo l'art. 182 è un requisito essenziale della servitù. Poichè però solo per la prima ipotesi si pone la norma che la servitù si può dire realmente creata solo al momento in cui viene ad esistenza il fondo dominante o quello servente, si può dubitare se, anche nella seconda ipotesi, sia necessario il concorso di tutti i requisiti richiesti dall'art. 182 e quindi anche quello del vantaggio attuale del fondo dominante, perchè la servitù possa realmente sorgere. Infatti dalla lettera della prima parte dell'art. 184 non si capisce se il negozio costitutivo della servitù dia luogo a un diritto *sub condizione* o a un diritto a termine oppure a un diritto puro e semplice, efficace *ab initio*. Il che può provocare notevoli difficoltà pratiche.

L'art. 185 vorrebbe risolvere la controversia, agitata per il sistema vigente, sul valore attuale della regola classica «*servitus in faciendo consistere nequit*», nel senso tradizionale, escludendo cioè che contenuto principale della servitù possa in essere un *facere* del proprietario del fondo servente. La disposizione è assai generica e non bene formulata, sia perchè la lettera dell'articolo potrebbe far pensare che il proprietario del fondo servente sia sempre, anche se non vi sia obbligato dal titolo, tenuto

alle prestazioni accessorie per il normale esercizio della servitù, sia perchè l'espressione « prestazioni accessorie per il normale esercizio della servitù » oltre che poco felice, è assai ristretta, e finisce col limitare senza ragione l'autonomia delle parti. E' eccessivo infatti richiedere cumulativamente il requisito dell'accessorietà della prestazione e quello della normalità dell'esercizio, specialmente in considerazione del fatto che in altre specifiche ipotesi regolate dagli art. 241 e 244, nei quali indirettamente si prevede la possibilità che il titolo obblighi il proprietario del fondo servente ad un'attività positiva, non si fa cenno di tali requisiti ma si parla solo di spese od opere (necessarie) per l'esercizio e la conservazione della servitù.

La soluzione affermativa del problema dell'ammissibilità di una servitù su un bene demaniale, contenuta espressamente nell'art. 186, non può sembrare opportuna. Infatti o si ammette che la servitù su un fondo demaniale sia sottoposta a tutte le regole della servitù, ed allora ci si pone in pieno contrasto con le esigenze cui si ispira la demanialità, o si riconosce che quella servitù sia sottoposta anzitutto ai principi della proprietà pubblica (il che importa anzitutto la conseguenza della revocabilità) ed allora è assai meglio, da un punto di vista rigoroso, rinunciare a parlare di servitù in senso tecnico. La compatibilità colla destinazione pubblica del bene non rappresenta solo, come pare abbiano pensato i compilatori, un requisito essenziale per la iniziale costituzione della servitù, ma una condizione necessaria per la sua permanenza; il che importa una modificazione così sensibile della figura tecnica della servitù da fare apparire non giustificata la sua estensione.

La sezione seconda di questo capo, nella quale si regolano le c. d. servitù legali, sfrondate da tutte quelle figure che più correttamente sono state considerate come limiti legali della proprietà, si apre con una norma, l'art. 188, che sembra l'introdu-

zione di una lezione istituzionale e che dovrebbe senz'altro essere soppressa, e con due altre disposizioni (art. 189-190) in parte superflue, dato che il loro contenuto si ricava espressamente dalle norme che seguono, e in parte eccessivamente generiche sì che potrebbero dar luogo a qualche grave questione. L'art. 189 dice infatti che, in caso di mancato accordo, la servitù s'intende costituita solo attraverso l'accertamento (costitutivo) che il magistrato faccia con sentenza dell'esistenza dei presupposti legalmente determinati. Questa disposizione a carattere generale dovrebbe trovare applicazione a tutte le forme di servitù legali, sia previste dal progetto sia da leggi speciali in atto esistenti. Ora per la servitù di passaggio per vie funicolari espressamente previste nell'art. 219 del progetto, ma regolata particolarmente dalla legge 13 luglio 1907 e dal Regolamento 25 agosto 1908, l'art. 2 del regolamento sostanzialmente abilita il Prefetto alla costituzione coattiva della servitù. E così per la servitù di appoggio di linee telefoniche (di cui il Progetto non fa parola) regolata dal T. U. pubblicato con R. D. 3 maggio 1903 e modificato dal R. D. 29 aprile 1923, la legge stabilisce che, fallito l'accordo bonario, la servitù è imposta con decreto del Prefetto. Si può quindi domandare: l'art. 189 ha inteso eliminare del tutto la possibilità di un intervento dell'autorità amministrativa, considerando in ogni caso essenziale la pronuncia dell'autorità giudiziaria?

E poichè la soluzione affermativa di tale questione sarebbe quanto mai inopportuna, sarebbe assai meglio sopprimere l'art. 189 che rappresenta un inutile sforzo di generalizzazione, non potendo esser dubbio che, in mancanza di una disposizione speciale, il principio generale sarà che la servitù deve essere costituita mediante sentenza. Tutt'al più, allo scopo di evitare ingiustificati dubbi sorti nella dottrina a proposito del codice vigente, si potrebbe codificare il principio che le servitù legali non s'intendono mai costituite di diritto. La proposta da noi fatta ci esime

dal fare ulteriori osservazioni sulla formula dell'art. 189 che specialmente nella frase finale è tutt'altro che impeccabile.

Analoghe considerazioni vanno fatte per l'art. 190 che, in linea generale, pone il principio che la servitù *non può costituirsi* senza il pagamento di una giusta indennità. Anzitutto questo principio, per il modo in cui è formulato, armonizza poco con quello dell'articolo precedente, perchè dalla lettera delle due disposizioni non si riesce a capire se la servitù s'intenda costituita nel momento in cui la sentenza divenga esecutiva, come dice l'art. 189, o nel momento in cui il titolare provvede al pagamento della indennità, come invece dice, almeno apparentemente, l'art. 190. In secondo luogo che la costituzione della servitù legale importi il pagamento dell'indennità è detto espressamente a proposito delle varie figure di servitù legali (art. 196, 197, 202, 206, 208, 214, 219 del Progetto, e per le servitù di elettroodtto l'art. 123 del T. U. approvato con R. D. 11 dicembre 1933 e per quelle di appoggio di fili telegrafici l'art. 1 del R. D. 29 aprile 1933) e non ha quindi senso la formulazione di un principio generale. Tanto più che qualche disposizione particolare contraddice al principio generale enunciato solennemente dall'art. 190; così l'art. 203 sia pure a proposito di una ipotesi alquanto diversa (utilizzazione di fogne o fossi altrui) obbliga il soggetto che si uole servire delle fogne o dei fossi altrui solo al rimborso di una parte proporzionale delle spese fatte e da fare dal proprietario, e quindi chiaramente esclude che questi possa pretendere il pagamento di una ulteriore indennità. Infine mentre il disposto dell'art. 190 sembrerebbe subordinare in ogni caso la costituzione della servitù all'effettivo pagamento della indennità, altre norme esplicitamente o implicitamente contraddicono a tale principio. Così l'art. 206 parla solo di un obbligo di pagare l'indennità da parte del titolare della servitù e l'art. 217 regola la prescrizione estintiva dell'azione per conseguire la indennità di cui al precedente art. 214, mostrando così una pro-

fonda deviazione dal principio che si vuole affermare in linea generale. Anzi dall'art. 217 si ricava proprio il principio opposto e cioè che, se il proprietario del fondo servente non agisce per conseguire l'indennità, la servitù finisce coll'essere costituita gratuitamente, il che non si saprebbe come conciliare con l'art. 190 e con lo stesso art. 214 il quale, almeno per una ipotesi (quando cioè per attuare il passaggio sia necessario occupare con opere stabili o lasciare incolta una zona di terreno), riafferma energicamente il principio generale dell'art. 190. Senza dire poi che di fronte a questa strana incertezza delle formule legislative, non si saprebbe come risolvere il problema se la prescrivibilità dell'azione d'indennità (che necessariamente presuppone possibile la costituzione della servitù indipendentemente dall'effettuato pagamento) ammessa espressamente solo per l'accesso e il passaggio coattivo, valga anche per le altre forme di servitù legali. Questa materia va dunque attentamente riveduta, tenendo anche presente se non sia opportuno formulare una norma generale in cui si determini, in mancanza di disposizioni particolari, il criterio da seguire per la determinazione della indennità.

Piuttosto un problema che sarebbe stato opportuno affrontare in linea generale, era quello relativo alla determinazione del soggetto avente diritto alla costituzione della servitù legale. Mentre per le servitù che si costituiscono per atto volontario, l'art. 228 stabilisce che non solo il proprietario, ma anche l'enfiteuta e l'usufruttuario possono acquistare il diritto di servitù, indipendentemente dalla durata dei loro rispettivi diritti, per le servitù legali il Progetto non si pronunzia espressamente. Ora è vero che per certe forme di servitù legali (servitù di elettrodotto, di passaggio per vie funicolari, di appoggio di linee telefoniche) il problema quasi sempre si risolve automaticamente, ma per le altre servitù il problema è certo più complicato. Tanto più che parecchie disposizioni del Progetto (così l'art. 191, l'art. 201, l'art.

206, l'art. 211) adottano a tal proposito una formulazione assai generica che può dare adito a notevoli incertezze, e che l'art. 195, dettando una disposizione che vale per tutte le servitù di passaggio di acque, in aggiunta ai requisiti richiesti dall'art. 602 del codice vigente impone che colui che richiede la costituzione della servitù dia la prova del diritto che ha sul fondo sul quale intende condurre le acque, ma non specifica quale natura debba avere tale diritto. Invece per altre forme di servitù legali (concessione coattiva di acqua, accesso e passaggio coattivo) le norme degli artt. 202, 208, 210, 212 si riferiscono esclusivamente al proprietario, e per esse potrebbe quindi sorgere questione sull'applicabilità analogica dell'art. 228. Sembra quindi opportuno esaminare con criteri unitari il problema del soggetto legittimato a chiedere la costituzione della servitù, allargando possibilmente la cerchia dei soggetti legittimati senza limitarla in nessun caso al solo proprietario, risolvendo anche su quale soggetto debba gravare l'indennità ed eventualmente come debbono essere regolati i rapporti interni fra colui che senza essere proprietario, ottiene la costituzione della servitù e paga la indennità, e il proprietario del fondo che diviene dominante.

Per quanto abbia certamente minore importanza sarebbe pure opportuno esaminare e risolvere espressamente il problema della legittimazione passiva specie per le ipotesi in cui sul fondo destinato a diventare servente gravino diritti reali di godimento (enfiteusi, usufrutto), e per la ipotesi di fondo dotale rispetto alla quale in dottrina non sono mancati dubbi e incertezze. Tanto più che sotto questo profilo la differenza fra servitù volontarie e servitù legali è certamente profonda, e d'altro canto, pur tenendo fermo il principio che la costituzione della servitù vada richiesta nei confronti del *dominus*, sarebbe assai opportuno prescrivere l'intervento dell'enfiteuta, dell'usufruttuario, del marito anche per dare loro la possibilità di far valere le loro ragioni sulla indennità da corrispondere.

Per quanto riguarda il regolamento concreto delle singole figure di servitù legali, vi sono poche osservazioni da fare sia perchè sono state riprodotte quasi alla lettera le disposizioni del codice attuale, sia perchè, come è noto, il sistema vigente è stato sempre considerato, specie in tema di acquedotto coattivo, come un esempio mirabile di tecnica e di politica legislativa. Tuttavia da un lato non si può negare che in qualche caso il rispetto verso il codice attuale sia stato eccessivo e d'altro canto va rilevato che le sporadiche modificazioni apportate non sempre sono felici. Infatti ci sembra di dover formulare le osservazioni seguenti:

L'art. 191 accorda il diritto all'acquedotto coattivo a chi abbia il diritto di utilizzare le acque per le necessità della vita o per gli usi agrari od industriali sia propri sia di terzi. Riproducendo dall'art. 598 l'inciso « per le necessità della vita » i compilatori del Progetto non si sono posti il problema, che pure è stato ampiamente discusso dalla nostra dottrina, se, ammettendo che la servitù si possa costituire anche a quello scopo, non si finisca col derogare al disposto dell'art. 182 che pone come requisito essenziale per la servitù la utilità del fondo dominante. Infatti quell'inciso espressamente allude a una forma di utilità prevalentemente personale e non fondiaria il che potrebbe importare un inopinato allargamento, per lo meno nel campo delle servitù legali, del concetto di servitù che pure è stato nel Progetto testualmente definito. Inoltre questo possibile carattere di servitù a vantaggio di una persona e non di un fondo risulterebbe ancora meglio confermato dal fatto che secondo l'art. 191 la servitù si può costituire anche quando l'avente diritto alle acque se ne serva solo per usi agrari o industriali di terzi, quando cioè egli si limiti a speculare sulle sue acque indipendentemente dal fatto che sia proprietario o comunque titolare di un diritto sul fondo. Vero è che in definitiva questa tendenza ad attenuare la portata del requisito dell'utilità fondiaria può rappresentare un

progresso legislativo, ma se si vuole che essa non dia luogo a gravi equivoci e dubbi d'interpretazione, è necessario che essa trovi nel Progetto una espressione chiara ed adeguata.

Invece se si ponga in correlazione l'art. 191 con l'art. 195 si vede subito che la novità contenuta nell'art. 191 in aggiunta all'art. 598 del codice ed essa con la frase «sia di terzi», contrasta con l'altra novità contenuta nell'art. 195 secondo la quale l'avente diritto deve invece provare il suo diritto sul fondo sul quale vuole condurre le acque. La necessità che sussista un diritto sul fondo ai fini della costituzione coattiva della servitù esclude infatti che l'acqua possa essere impiegata a usi agrari e industriali di terzi, onde l'antinomia fra le due disposizioni ci sembra innegabile.

Anche la novità contenuta nell'art. 195 cpv., se pure approvabile nella prima parte in cui si concede al giudice il potere di negare la costituzione della servitù ove questa importi un eccessivo sacrificio del fondo servente, è criticabile nella seconda dove il richiamo assai generico all'interesse della produzione o ad altre analoghe esigenze, finirebbe con l'annullare la portata del principio posto nella prima parte del capoverso. Infatti dato che requisito essenziale per l'ammissibilità della servitù legale di acquedotto è la utilizzazione dell'acqua per fini agrari o industriali, l'interesse della produzione sussiste in ogni caso in cui si può chiedere la costituzione della servitù e perciò la limitazione opportunamente proposta per evitare eccessivi sacrifici del fondo servente troverebbe assai rara applicazione.

L'art. 203, limitandosi a riprodurre il corrispondente art. 610 del codice, definisce in maniera tecnicamente imprecisa un fenomeno assai interessante. Tale articolo infatti riconosce al proprietario del fondo servente (e perchè non pure all'enfiteuta e all'usufruttuario?) la facoltà di servirsi delle fogne, dei fossi e in genere dei lavori fatti dal proprietario del fondo dominante previo il rimborso proporzionale delle spese fatte, ma nell'ul-

tima parte sembra ammettere che attraverso tale pagamento le opere già costruite divengano comuni. Se sorge veramente questo stato di comunione, si dovrebbe dire che il proprietario del fondo servente ha non tanto la facoltà di servirsi delle opere quanto quella di renderle comuni. La norma infatti per il suo contenuto più che alla disciplina delle servitù legali, sarebbe assai vicina alle disposizioni che regolano la comunione forzata del muro di confine.

Gli artt. 208-210 regolano due nuove figure (in realtà sostanzialmente identiche dato che il loro unico carattere differenziale consiste nella diversa natura del fondo dominante) di servitù legali, che dal punto di vista politico sono pienamente approvabili. Anzi si potrebbe dire che si poteva fare ancora qualche passo avanti, dato che sembrano eccessivamente numerose e difficilmente realizzabili le condizioni alle quali l'art. 208 subordina la possibilità di costituzione della servitù. Infatti sembra eccessivo richiedere che manchi (del tutto?) l'acqua necessaria sia per l'alimentazione degli uomini e degli animali sia per gli usi domestici, mentre basterebbe richiedere alternativamente l'una o l'altra delle due condizioni; così ancora pare esagerato il requisito negativo che il proprietario non possa procurarsi l'acqua senza *eccessivo dispendio* quando sostanzialmente la posizione del proprietario dell'acqua è sufficientemente tutelata sia dal modo di determinazione dell'indennità (valore dell'acqua aumentato di un quarto) sia dal fatto che la concessione della servitù è subordinata alla condizione che egli non utilizzi direttamente, neppure a scopo ornamentale, i sopravvanzi. Inoltre il diritto di chiedere la concessione dell'acqua dovrebbe essere concesso non solo al proprietario dell'edificio o del fondo, ma a chiunque abbia un diritto reale o personale di godimento, specie in considerazione della possibile temporaneità del godimento (art. 209) e del modo di pagamento (annuale) del corrispettivo. Dal punto di vista tecnico l'art. 208 dovrebbe essere ritoc-

cato colla sostituzione della frase, assai imprecisa, « può essere costretto a consentire » con l'altra « è tenuto a consentire ».

L'art. 209, prevedendo la possibilità di un mutamento della situazione originaria, dispone sulla estinzione della servitù la quale, in caso di disaccordo fra le parti, deve essere pronunciata dal giudice, e usa un trattamento diverso a seconda che l'indennità sia annualmente corrisposta o sia stata soddisfatta col pagamento di un capitale. La distinzione che però si fa tra le due ipotesi è assolutamente arbitraria. Anzitutto non si riesce a intendere perchè solo nella prima ipotesi e non nella seconda entrambe le parti possano fare istanza per la soppressione della servitù. Tanto più che l'art. 260 del Progetto, allontanandosi dal sistema vigente, considera come causa estintiva della servitù la mancanza di una utilità apprezzabile per il fondo dominante, ossia proprio quella ragione che potrebbe spingere, nell'ipotesi dell'art. 209, il proprietario dell'edificio a rinunciare all'acqua che gli era stata concessa nei limiti dei suoi più stretti bisogni. In ogni caso dunque entrambi i soggetti interessati dovrebbero essere legittimati a fare istanza per la soppressione della servitù. Inoltre per quanto riguarda la restituzione del capitale versato, è contrario al buon senso la norma che impone la restituzione integrale, perchè, supponendo che la servitù sia durata per molti anni, la ritenzione del plusvalore che è in ogni caso consentita, sarebbe insufficiente per compensare il proprietario del fondo servente del sacrificio subito. Una restituzione inversamente proporzionale alla durata della servitù sarebbe indubbiamente più equa.

Meno rigoroso dell'art. 208, in relazione ai presupposti necessari per la costituzione della servitù, appare l'art. 210 secondo il quale basta che il proprietario del fondo non abbia acqua (si dovrebbe dire meglio: nel caso in cui il proprietario del fondo non abbia acqua sufficiente) per l'irrigazione del fondo e che le acque del vicino siano così abbondanti da consentire, dopo sod-

disfatto ogni suo bisogno domestico, agricolo e industriale, una parziale concessione. Non trova dunque applicazione il criterio dei sopravanzi testualmente posto all'art. 208. L'opportunità della regola sancita dall'art. 210 potrebbe anzi consigliare che il medesimo criterio, meno individualista, valga anche per l'art. 208 in sostituzione di quello adottato in tale norma.

Anche la servitù di accesso e di passaggio coattivo, regolata dagli artt. 211-217 è rimasta quasi inalterata quanto alla sua disciplina, salvo che risulta attenuato, come appare dal confronto fra gli artt. 211-212 da un lato e l'art. 213 dall'altro, il requisito della necessità che in definitiva viene sostituito dall'altro più elastico e più sociale della utilità. Però la formulazione dell'art. 213 che rappresenta la novità più apprezzabile rispetto al sistema del codice, lascia a desiderare nel capoverso in cui si dice che «il passaggio in questo caso non spetta di diritto», il che potrebbe far pensare che in altri casi possa spettare di diritto, mentre, come è noto, il principio generale è che la servitù non è costituita se il magistrato non riconosca la sussistenza dei presupposti richiesti. E nell'ipotesi dell'art. 213 il presupposto non è la necessità del fondo dominante ma la utilità che può ricevere il fondo, avuto riguardo alla sua funzione sociale. Il capoverso dovrebbe perciò essere soppresso.

Dell'art. 214 anche in relazione all'art. 217 ci siamo già occupati a proposito della disciplina dell'indennità posta dall'articolo 190.

Quanto all'art. 215, che riproduce l'attuale art. 599, va osservato che non si è tenuto conto delle critiche mosse contro la formulazione del corrispondente articolo del codice. In effetti il principio che probabilmente si è voluto esprimere è più ampio di quello che risulta dalla lettera della disposizione, perchè non soltanto si vuol dire che quando l'alienante o il condividente siano tenuti a dare il passaggio lo debbano dare senza pretendere alcuna indennità, ma si vuole affermare che nella fatti-

specie in cui il fondo diventa intercluso a causa di uno di quegli atti previsti nell'art. 215, solo l'alienante sia tenuto a dare il passaggio, per modo che colui che diviene proprietario intercluso non può, malgrado concorrano le condizioni di cui all'art. 213, chiedere il passaggio ad altri proprietari. Sarebbe perciò opportuno chiarire in tali termini la portata della disposizione.

Mentre per le servitù legali il sistema del codice è stato quasi integralmente riprodotto, invece per le servitù volontarie le modificazioni al codice vigente, sia di forma sia di sostanza, sono indubbiamente più notevoli per quanto non sempre possano meritare approvazione. Limitandoci all'esame della disciplina proposta, crediamo di dover fare le osservazioni seguenti:

L'art. 221 considera come titoli idonei a costituire la servitù la convenzione, il testamento, la sentenza del giudice. La norma è assolutamente superflua e potrebbe essere soppressa, tanto più che non è rigorosamente esatto porre sul medesimo piano la convenzione da un lato e il testamento e la sentenza dall'altro che solo eccezionalmente possono essere titoli idonei a creare la servitù. Infatti il testamento può avere tale efficacia solo quando il testatore voglia costituire a favore di un terzo (legatario) una servitù su un suo fondo (dato che nelle altre ipotesi occorre una convenzione *ad hoc* fra onerato e legatario), e la sentenza solo nel caso di divisione giudiziale può avere questa efficacia (dato che la sentenza come titolo costitutivo delle servitù legali è fuori della sfera di applicazione dell'art. 221).

Merita pure di essere soppresso l'art. 222 che enuncia un principio che per la sua ovvia elementarità non ha bisogno di essere espressamente sancito.

Salvo una lieve modificazione formale nell'ultimo cpv. l'art. 223 riproduce, a proposito della concessione di servitù fatta da uno o da alcuni condomini, l'art. 636 del codice che non è certo

un modello di rigore e di precisione tecnica. Il punto più importante da determinare, una volta posto il principio che la costituzione di una servitù, a carico del fondo comune, presuppone il consenso di tutti i condomini, è il contenuto dell'obbligo imposto al condomino che per suo conto abbia già consentito la costituzione della servitù. L'art. 636 del codice a questo proposito obbliga il concedente (e i suoi aventi causa) a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso, ma la Relazione al Progetto giustamente avverte che fra il contenuto di un obbligo siffatto e il principio precedentemente formulato per cui la servitù non è perfetta se non col consenso di tutti i condomini, esiste insanabile contraddizione. Senonchè la formula proposta dall'art. 223 in fine, secondo la quale il concedente ha l'obbligo di non opporsi a che il titolare della servitù si avvalga del diritto attribuitogli dal titolo, è ancor meno felice, perchè si parla di un titolare *della servitù* là dove questa non è ancora sorta, si parla di un diritto attribuito dal titolo mentre è detto nella prima parte dell'articolo che il consenso del condomino non è titolo idoneo alla costituzione della servitù e quindi il diritto attribuito dal titolo non può ancora essere il diritto di servitù, e inoltre si finisce col legittimare, per lo meno nei confronti del condomino consenziente, l'esercizio di un diritto che invece deve considerarsi illegittimo *erga omnes*, dato che il diritto che si pretende esercitare non è neppure sorto.

Ad eliminare queste contraddizioni di carattere logico e sistematico sarebbe forse partito migliore quello di attribuire al consenso di un condomino solo l'efficacia di una dichiarazione irrevocabile, senza imporgli alcun obbligo specifico. Il condomino costituente potrebbe incorrere in responsabilità, secondo i principi generali, nel caso che abbia promesso il fatto (consenso) degli altri condomini o nel caso che abbia costituito la servitù come se fosse l'unico proprietario (troverebbero in questo caso applicazione le norme sulla garanzia per evizione)

o come rappresentante (senza procura) degli altri condomini. Naturalmente la dichiarazione di un condomino sarebbe efficace per tutti i suoi eventuali aventi causa anche a titolo particolare per il caso che gli altri condomini consentissero a costituire la servitù, mentre sarebbe efficace, in base sempre ai principi generali, solo nei confronti degli eredi nel caso in cui essa importasse responsabilità per danni.

In ordine ai soggetti legittimati a costituire una servitù l'art. 225, allargando la portata dell'art. 665 del codice, ammette che non solo l'enfiteuta ma anche l'usufruttuario e il conduttore (per un periodo eccedente i nove anni) possano gravare il fondo di servitù temporanee. Si può seriamente discutere sulla opportunità di questa estensione per varie ragioni: *a)* anzitutto il limite di tempo posto alla possibile durata della servitù non esclude che il proprietario del fondo possa ricevere danni notevoli come conseguenza dell'esercizio della servitù; *b)* in secondo luogo si può seriamente dubitare se le concessioni fatte dall'usufruttuario e dal locatario possano essere ancora considerate come servitù in senso tecnico o non siano piuttosto degli obblighi puri e semplici; *c)* per quanto riguarda il locatario il riconoscimento del potere di costituire servitù passive contrasta con l'impossibilità, risultante implicitamente dall'art. 228, di acquistare servitù attive; *d)* infine, ammesso che l'usufruttuario e il locatario possano costituire vere servitù destinate a durare sino al termine naturale dell'usufrutto e della locazione, che cosa succederà di queste in caso di risoluzione anticipata, consensuale o giudiziale, dell'usufrutto e della locazione? *e)* nel caso in cui per patto espresso sia inibito all'usufruttuario la cessione del suo diritto e al locatario la sublocazione, sarà ancora possibile la costituzione della servitù che, secondo la stessa formula dell'art. 182, si risolve in una limitazione del godimento ossia da un altro profilo, in una parziale cessione del godimento?

L'acquisto della servitù per usucapione è stato dal Progetto (art. 229-230) profondamente modificato. Come è noto il nostro codice ha adottato a tale proposito un sistema complesso considerando come usucapibili solo le servitù continue e apparenti e ritenendo che per ogni altra specie di servitù fosse assolutamente necessaria l'esistenza del titolo o per lo meno di un documento ricognitivo che contenesse tutti gli estremi necessari per il titolo (art. 634). Il Progetto, partendo dal presupposto che la distinzione fra servitù continue e discontinue e l'altra fra servitù apparenti e non apparenti rappresentassero elementi spurii rispetto alla nostra tradizione giuridica, ha creduto opportuno semplificare al massimo il sistema, eliminando la rilevanza di entrambe quelle distinzioni e riconoscendo la usucapibilità di tutte le servitù col semplice concorso del possesso legittimo *ad usucapionem* e del decorso del tempo.

Prescindiamo dal ricordare le varie tendenze dottrinali che, sotto l'impero del codice, hanno ora cercato di giustificare ora vivamente criticato le norme positive. Si tratta di un dibattito assai noto che fra l'altro ha trovato alimento nella necessità di spiegare una norma a prima vista incomprensibile quale l'art. 631 cpv. Qualunque sia l'opinione che si segua per il codice attuale, è certo che una revisione del sistema vigente si imponeva. Dubitiamo però che la notevolissima semplificazione apportata rappresenti in tutto un progresso legislativo. Per quanto riguarda la distinzione fra servitù continue e discontinue la sua abolizione non può non essere incondizionatamente approvata. Ma altrettanto non sapremmo dire per la distinzione fra servitù apparenti e non apparenti la quale può benissimo rappresentare una tutela sia del proprietario sia dei suoi aventi causa di fronte al pericolo che si formino servitù attraverso una serie di atti che non sempre possono essere univoci e che perciò possono sfuggire al controllo dei soggetti che avrebbero interesse contrario alla formazione delle servitù. In realtà tornare al si-

stema della usucapibilità di tutte le servitù è certo assai semplice ma non può non apparire assai pericoloso specie in un'epoca che, come questa, sente più che mai vive le esigenze della pubblicità alla cui attuazione il Progetto ha dedicato una delle sue parti migliori. Nè vale dire, come troppo semplicemente si fa nella Relazione, che si tratta di una questione di fatto stabilire se in un caso concreto ricorra l'*animus possidendi* di una servitù oppure una semplice tolleranza, come di ammettere o escludere il possesso di una servitù non apparente a seconda che gli atti di possesso siano tali da essere o meno noti a colui che è interessato in contrario. Perchè si tratta proprio di vedere se non sia sommamente pericoloso affidare questa delicata materia all'alea di prove testimoniali necessariamente malsicure e incerte specie se si consideri la lunghezza del periodo di tempo per cui il possesso deve essere provato. Il semplice requisito della pubblicità del possesso legittimo, inteso naturalmente in senso assai relativo, è del tutto insufficiente ad evitare veri e propri attentati alla libertà dei fondi e alla buona fede di successivi eventuali acquirenti. D'altra parte la distinzione fra il possesso della servitù e gli atti di semplice tolleranza è facile in teoria, ma in pratica, poichè l'elemento differenziale consiste in atteggiamenti psicologici, si rivela sommamente difficile. Il risultato del sistema adottato dal Progetto invece di rivelarsi favorevole allo sviluppo dell'agricoltura e alla chiarificazione dei rapporti fra vicini, diventerebbe fonte di sospetti e di diffidenze, perchè i proprietari per naturale prudenza si rifiuterebbero di permettere degli atti che invece normalmente avrebbero consentito in omaggio ai rapporti di buon vicinato. Per queste ragioni il sistema accolto dal Progetto ci pare semplice ma troppo rigido e pericoloso e quindi niente affatto consigliabile. Invece, abolita la distinzione fra servitù continue e discontinue in verità teoricamente assai discutibile, sarebbe molto opportuno riaffermare il valore della distinzione fra servitù apparenti e non apparenti,

perchè l'apparenza della servitù, concretata nell'esistenza di segni visibili che abbiano un significato non equivoco, può in modo abbastanza soddisfacente tener luogo della mancata pubblicità del titolo, e quindi garantire in un certo modo la situazione del proprietario del fondo destinato a diventare servente, che non sempre può essere in grado di valutare la portata degli atti compiuti da altri sul proprio fondo, specie se si tratti di servitù discontinue, e la situazione degli eventuali acquirenti rispetto ai quali il requisito della pubblicità del possesso anteriore all'acquisto, assume un assai scarso rilievo. Tutt'al più, per ridurre al minimo la portata della distinzione, si potrebbe fare una eccezione per le servitù negative che pure sono sempre non apparenti, disponendo però, allo scopo di una adeguata tutela dei terzi, che l'atto di contraddizione, che segna l'inizio del periodo prescrizioneale, venga reso pubblico mediante la trascrizione, almeno nel caso in cui non ricorrano gli estremi per dar luogo all'usucapione quinquennale dell'art. 578 del Progetto, dato che in tale ipotesi con la trascrizione del titolo le esigenze della pubblicità sono in gran parte rispettate.

Infine va osservato che il mantenimento della distinzione fra servitù apparenti e non apparenti, ai fini della usucapione, è imposto ancora di più nel Progetto dal fatto che sono ridotti assai notevolmente i termini prescrizionali (art. 577), il che non può non aumentare i pericoli del sistema contrario.

Del resto, a parte ogni ulteriore considerazione che sarebbe assai facile fare, non si riesce a comprendere quale utilità e quale impellente esigenza si voglia mai garantire dal punto di vista di politica legislativa, con questa straordinaria facilitazione nell'acquisto della servitù per prescrizione!

Una conferma ulteriore delle osservazioni finora avanzate può essere data dalle stesse disposizioni del Progetto, il quale, a proposito dell'acquisto delle servitù per destinazione del padre di famiglia (art. 232), richiede espressamente, per l'ammissibi-

lità di questo modo di acquisto, il requisito dell'apparenza. Ora se nel codice la perfetta corrispondenza fra l'acquisto delle servitù per usucapione e l'acquisto per destinazione del padre di famiglia, è innegabile (art. 629), il fatto che nell'art. 232 il Progetto ha tenuto fede al requisito dell'apparenza è indubbiamente sintomatico. Come è del pari sintomatico che, a proposito delle servitù degli scoli e degli avanzi d'acqua, il Progetto abbia sentito il bisogno (art. 254) di riprodurre l'art. 637 del codice proprio nella parte in cui questo fa una energica applicazione del principio che solo le servitù apparenti sono usucapibili e che il periodo prescrizioneale può cominciare a decorrere solo dal giorno in cui l'apparenza si è manifestata con opere visibili.

Non essendo stata riprodotta la disposizione dell'art. 629, si deve evidentemente concludere che, secondo l'art. 231, anche le servitù discontinue, purchè apparenti, possono essere costituite per destinazione del padre di famiglia. A proposito dell'art. 231 si potrebbe pure rilevare che non è esatto richiedere che sia stato l'ultimo proprietario dei due fondi a stabilire il rapporto di subordinazione, perchè non vi è dubbio che il principio vale anche nel caso in cui l'ultimo proprietario abbia lasciato immutato lo stato di fatto creato da proprietari precedenti. Se si chiarisse in tali termini che risultano del resto già dal vigente art. 632, il contenuto dell'art. 231, diventerebbe del tutto superflua la successiva norma posta nell'art. 232.

Le norme destinate a disciplinare l'esercizio delle servitù presentano, a nostro avviso, un difetto fondamentale, perchè, invece di potenziare sempre più il criterio eminentemente sociale che in fondo costituisce il principio animatore dell'istituto della servitù e aveva trovato notevoli applicazioni nel codice vigente (cfr. specialmente l'art. 647), lo hanno inspiegabilmente attenuato nell'interesse del proprietario del fondo servente. Ora tale interesse è indubbiamente apprezzabile, ma non è detto che esso debba sempre prevalere sull'interesse del fondo dominante

che può spesso coincidere con l'interesse generale dell'agricoltura e dell'industria. Anzi in un'epoca come la nostra, di fronte alle sempre più energiche affermazioni del principio di solidarietà sociale, bisognerebbe coraggiosamente dare una forma concreta a questo principio, molto più di quanto a tal proposito non abbia creduto di fare il Progetto.

Premesso il principio generale che il contenuto e il modo di esercizio della servitù sono regolati dal titolo e solo in mancanza della legge (art. 233), il Progetto riproduce all'art. 234 il principio del codice secondo il quale la servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne. A parte qualche osservazione di carattere formale che potrebbe esser fatta sul tenore dei due articoli, non vi è dubbio che il principio che si ricava dalle due disposizioni è sostanzialmente approvabile specie se si intenda nel senso che la specificazione contenuta nel titolo non esclude affatto l'operatività del principio posto nella prima parte dell'art. 234. Sarebbe anzi augurabile che venisse chiarita la portata di questa disposizione che non deve essere considerata come meramente dispositiva. Purtroppo il criterio-limite posto nell'art. 234 e che si rivela abbastanza elastico e sufficientemente chiaro per dirigere l'interpretazione che del titolo va comunque fatta, è attenuato notevolmente nei successivi artt. 235 e 236. Infatti l'art. 235 dopo aver riaffermato la regola, in verità superflua, (dato che risulta già dall'art. 233), che il titolare della servitù non può usarne se non a norma del suo titolo e del possesso (non dovrebbe in nessun caso però essere dimenticata la funzione integrativa del titolo che ha o dovrebbe avere l'art. 234 prima parte) stabilisce che in caso di incertezza del titolo la servitù deve ritenersi costituita in guisa da riuscire meno gravosa per il fondo servente, mentre assai più opportunamente l'art. 647 del codice per la medesima ipotesi dispone che l'esercizio della servitù deve limitarsi a ciò che è necessario per la destinazione e il conveniente uso del fondo domi-

nante col minor danno del servente. In effetti il richiamo al bisogno del fondo dominante è molto più probante che non la considerazione del danno al fondo servente, la quale può servire, in via sussidiaria, più che alla determinazione della servitù, alle modalità del suo esercizio. Nè a giustificare la soluzione accolta dal Progetto, può servire il richiamo al canone generale d'interpretazione contenuto nell'art. 1137 del codice, perchè la massima *in dubio pro debitore*, che del resto è un canone d'interpretazione assolutamente sussidiario, non deve trovare applicazione in un campo in cui possono essere in giuoco interessi socialmente assai rilevanti. Tutt'al più, allo scopo di dare prevalenza all'interesse che in concreto può apparire più degno di tutela, si potrebbe codificare, come già nell'ipotesi dell'art. 195 cpv., il criterio della proporzionalità, disponendo che nel dubbio la servitù trovi il suo limite nelle necessità e nei bisogni del fondo dominante a meno che ciò non importi un eccessivo sacrificio del fondo servente, ossia proporzionalmente maggiore al vantaggio che ne riceverebbe il fondo dominante.

Dal suo canto l'art. 236 dovrebbe essere, per analoghe considerazioni, modificato nel senso che, ove non sia stata fissata nel titolo la estensione della servitù, il proprietario del fondo dominante potrebbe chiedere che la servitù soddisfi le aumentate esigenze del fondo alla duplice condizione che sia pagata una equa indennità e che ciò non importi un eccessivo sacrificio del fondo servente. Senza dire poi che una norma analoga potrebbe riguardare persino l'ipotesi in cui l'estensione della servitù sia già predeterminata dal titolo, secondo un criterio di giustizia e di proporzionalità che a proposito di una ipotesi particolare, appare già nel successivo art. 240 e nel precedente art. 212 II cpv. Naturalmente anche per l'ipotesi inversa (art. 236 cpv.) di diminuzione permanente dei bisogni del fondo dominante, si dovrebbe ammettere la riduzione della servitù ad istanza del proprie-

tario del fondo servente non solo quando l'estensione della servitù non sia fissata nel titolo ma anche nell'ipotesi opposta.

Se si modificassero secondo tali criteri che ci sembrano più adeguati allo spirito dei nostri tempi, gli artt. 235 e 236, bisognerebbe sopprimere le norme dell'art. 235 cpv. e 239 che si rivelerebbero in tal caso privi di un effettivo contenuto sostanziale.

L'ipotesi della divisione del fondo servente, prevista dall'art. 242, dovrebbe essere completata con la disposizione che i condividenti le cui quote vengono ad essere liberate dalla servitù, siano tenuti al pagamento di una indennità verso il condividente che ne rimane *in toto* gravato.

La sezione VII (artt. 246-259), opportunamente raccogliendo una serie di norme relative ad alcune servitù in materia di acque, detta una disciplina quasi del tutto identica a quella del codice. Le poche modificazioni o dirette a migliorare la disciplina di qualche punto di dettaglio o dirette a semplificare la materia, sono sostanzialmente approvabili. Tuttavia non sapremmo consentire sulla abolizione degli artt. 623, 624, 625, 626, 627, 628 del codice sostituiti dalla generica norma dell'art. 250 che, per l'esercizio della servitù di presa di acqua, ove la convenzione non disponga o non sia possibile il riferimento al possesso, si richiama agli usi locali. Può consentirsi sull'opportunità di far prevalere la disciplina degli usi a quella legale, ma ciò non toglie l'utilità di norme dispositive che trovino applicazione nell'ipotesi, certo non infrequente, in cui gli usi locali non esistano.

Opportuna invece la soppressione delle norme relative ai consorzi in materia di acque, destinate a trovare miglior posto altrove.

Nella sezione contenente le norme relative alla estinzione delle servitù merita una certa attenzione l'art. 260, il quale, malgrado la laconica giustificazione che se ne tenta nella Relazione, è redatto in modo poco persuasivo. Infatti dagli artt. 662-663 del codice, malgrado la loro non precisa formulazione, si ri-

cava facilmente il principio che la impossibilità di esercitare la servitù, protratta per il termine necessario a prescrivere, importa estinzione di questa, e che durante tale decorso del termine la servitù è in istato di quiescenza, dal quale può uscire appena risorga la possibilità di esercitarla. Invece l'art. 260 nella sua prima parte pone il principio generale che costituisce fatto estintivo della servitù la mancanza di una utilità apprezzabile per il fondo dominante, e nel capoverso prevede una ipotesi particolare, che rappresenta quasi una deroga all'art. 260 I p., ossia l'ipotesi in cui la mancanza di utilità derivi da un mutamento nello stato dei luoghi indipendente dal fatto dei due proprietari e che importi impossibilità di esercizio, stabilendo che in tal caso la servitù si estingue solo dopo 10 anni. Anche se le intenzioni dei compilatori possono essere state diverse, dall'art. 260 si ricava il principio che la mancanza di utilità (lasciamo stare se sia opportuno aggiungere *apprezzabile*, introducendo così un criterio soggettivo che può riuscire arbitrario e pericoloso) è causa estintiva della servitù indipendentemente dal decorso di un termine, principio a cui si deroga, ritenendo cioè la servitù semplicemente sospesa durante il decorso del termine prescrizione, quando concorrano le condizioni richiamate nel capoverso (mutamento dello stato dei luoghi indipendente dal fatto dei due proprietari e che importi impossibilità di uso della servitù). Il che importerebbe questa enorme conseguenza: che se il mutamento dello stato dei luoghi dipenda dal fatto del proprietario del fondo servente e cioè di uno solo dei due proprietari, non si applicherebbe più l'art. 260 cpv. ma l'art. 260 prima parte, ossia la servitù si estinguerebbe!

D'altra parte è assolutamente eccessivo stabilire che la mancanza di una utilità apprezzabile estingue senz'altro la servitù, perchè il fatto che in un determinato momento del tempo la servitù non presenta alcuna utilità del fondo dominante, non esclude che successivamente la situazione di fatto possa cambiare e

quindi possa risorgere la utilità del fondo dominante. A meno che non si voglia interpretare l'art. 260, 1^a parte, nel senso che la servitù si estingue solo quando *non possa* più presentare alcuna utilità neppure per l'avvenire.

Probabilmente la lettera dell'art. 260 ha tradito il pensiero dei compilatori. In ogni modo sarebbe consigliabile che con le dovute modifiche di forma, si ritorni al principio codificato negli artt. 662-663 del codice vigente.

L'art. 264, a proposito del c. d. modo delle servitù, segue il principio opposto a quello del corrispondente art. 668 del codice. A parte ogni dubbio sull'opportunità della soluzione, si può domandare di fronte alla lacunosa formulazione dell'articolo: quale sarà la conseguenza nel caso in cui la servitù sia stata esercitata in modo da trarre una utilità *maggiore* di quella indicata nel titolo?

A somiglianza di quanto si è detto per l'art. 163 in tema di usufrutto, va proposta l'abolizione dell'art. 265 che in sostanza si limita a riconoscere la possibilità di sperimento dell'azione confessoria e della negatoria, che discende dai principi generali in ordine ai rapporti fra diritto soggettivo e processo, e non ha veramente alcun bisogno di essere ribadita.

Le più ampie riserve vanno infine fatte sulla bontà dell'innovazione portata con l'art. 267, il quale, quasi incidentalmente, ammettendo la creazione di servitù senza il requisito dell'utilità fondiaria, viene a capovolgere un principio fondamentale in tema di servitù, che appariva fino a questo punto sostanzialmente accolto nel Progetto. Le difficoltà cui darebbe luogo l'art. 267 sono moltissime, anche per il fatto che la disciplina delle servitù irregolari verrebbe a mancare del tutto e quindi dovrebbero trovare applicazione le norme comuni in tema di servitù la maggior parte delle quali invece presuppone l'esistenza del requisito dell'utilità fondiaria. Inoltre non è affatto approvabile la tendenza di moltiplicare i pesi destinati a gravare con efficacia reale sui fondi,

che potrebbe condurre a conseguenze assai gravi, e che d'altra parte non è veramente giustificata da ragioni di una certa rilevanza. Senza dire poi che ammettere la possibilità di acquistare una servitù irregolare nell'interesse di un terzo, è veramente eccessivo. Si propone perciò l'abolizione dell'art. 267.

CAPO IV.

L'enfiteusi.

La disciplina complessa e minuziosa che il Progetto propone per questo discusso istituto (artt. 268-311) presuppone risolto in senso affermativo il problema di politica legislativa sull'opportunità di mantenere, potenziandolo, l'istituto. Infatti mentre la disciplina del codice vigente rappresentava, nell'intenzione dei compilatori, lo stadio di liquidazione dell'istituto, il Progetto tende con una serie di innovazioni a ridargli vita, specialmente attraverso un miglioramento assai sensibile della posizione del direttario. Malgrado le diffuse considerazioni formulate nella Relazione, con le quali si tende a giustificare l'orientamento seguito nella riforma, il problema sovraccennato merita ancora di essere discusso. Infatti non si può dire certo che l'istituto dell'enfiteusi abbia allo stato una larga sfera di applicazione; neppure in Sicilia, dove secondo la Relazione, l'enfiteusi avrebbe il suo centro più rigoglioso, si può dire che l'istituto sia veramente fiorente. A questa Facoltà siciliana che ha l'onore di riferire sul Progetto, consta infatti che anche in Sicilia è molto scarso o addirittura irrilevante il numero delle enfiteusi stipulate sotto l'impero del codice attuale. E' possibile che la nuova disciplina proposta ottenga l'effetto di accrescere la frequenza di applicazione dell'enfiteusi, ma è discutibile se uno sviluppo del genere significhi ve-

ramente un progresso legislativo e risponda ad esigenze più o meno sentite. Che anzi si potrebbe aggiungere che colla disciplina del Progetto, in quanto migliora la posizione del direttario e correlativamente attenua la posizione dell'enfiteuta, l'enfiteusi perde in gran parte il suo carattere tipico, diventa un istituto ibrido, molto vicino all'usufrutto e alla locazione a lunga scadenza, e probabilmente perde pure la sua autonoma ragion d'essere. Infatti per quanto riguarda l'enfiteusi temporanea si può dire che le finalità perseguite attraverso tale figura si possono ben raggiungere con gli schemi soliti dell'usufrutto e della locazione specialmente in considerazione del fatto che la possibilità di affrancazione è ammessa in limiti assai ristretti e cioè soltanto quando le parti l'abbiano espressamente convenuto.

Per quanto riguarda invece l'enfiteusi perpetua, il problema della sua opportunità è ancora più dubbio, perchè non si vede proprio la ragione decisiva che dal punto di vista politico imponga una soluzione diversa da quella che, sia pure implicitamente, hanno dato i compilatori del codice vigente.

Comunque, fermi restando i criteri politici della riforma, crediamo di dover formulare da un punto di vista tecnico le seguenti osservazioni:

La definizione del diritto reale di enfiteusi, contenuta nell'art. 268, è forse la più infelice definizione del Progetto e quella che con maggiore urgenza dovrebbe essere soppressa. Infatti *a)* mentre la Relazione opportunamente avverte che non sarebbe consigliabile in un codice prendere posizione sulla dibattuta questione della natura giuridica dell'enfiteusi, invece l'art. 268 considerando questa come il diritto di godere e di disporre del fondo *altrui*, finisce col risolverla esplicitamente in un senso determinato, il che non è affatto opportuno; *b)* il contenuto attivo del diritto di enfiteusi sarebbe dato, secondo l'art. 268, dalla facoltà di godere e da quella di disporre del fondo che ne è

oggetto. Ora in ordine alla facoltà di godimento l'enfiteusi non si differenzerebbe affatto dal diritto di usufrutto, e quindi sotto questo profilo la definizione è eccessivamente generica; in ordine alla facoltà di disposizione va osservato che, se essa deve avere per oggetto lo stesso diritto di enfiteusi, menzionarla espressamente è una inutile tautologia, se essa, invece, deve avere per oggetto il fondo, come appare dalla lettera dell'art. 268, significa incorrere in un grave errore perchè è un non senso attribuire a un soggetto, in linea generale, la facoltà di disporre di una cosa altrui; c) non si capisce perchè, per definire l'enfiteusi, si sia voluta utilizzare una espressione tradizionalmente usata per definire il contenuto del diritto di proprietà; d) infine non è tecnicamente esatto definire il contenuto attivo di un diritto facendo leva sugli obblighi che incombono al suo titolare (nella specie l'obbligo di migliorare e quello di pagare il canone) e che rappresentano perciò limiti esterni del diritto e non già suoi atteggiamenti intrinseci. La verità è che la posizione dell'enfiteuta è una posizione complessa e a caratterizzarla non può mai bastare la definizione del suo lato attivo. E' perciò sommamente augurabile che la pessima definizione data dal Progetto venga abolita e sia tutt'al più sostituita da una norma che abbia solo la pretesa di descrivere il reciproco contenuto attivo e passivo delle posizioni del direttario e dell'enfiteuta.

L'art. 270 implicitamente esclude che il canone enfiteutico possa consistere in una quota parte dei frutti del fondo. Non pare opportuna, malgrado le ragioni addotte dalla Relazione, la esclusione, perchè assai spesso quel modo di pagamento del canone può convenire sia all'enfiteuta sia al direttario, in quanto si evita così il pericolo che il canone possa in seguito divenire sproporzionato al reddito effettivo del fondo, e quindi si riduce l'alea per entrambi i contraenti. Inoltre per quanto riguarda le nuove enfiteusi un sistema di partecipazione ai frutti potrebbe essere un buon rimedio per evitare che si stipulino canoni ecces-

sivi che il direttario voglia imporre e che l'enfiteuta, all'inizio ingannatosi sulla produttività del fondo, spera di poter pagare mentre si venga poi a trovare nell'impossibilità di farlo. Di fronte ai possibili vantaggi di tale sistema, l'inconveniente messo in luce nella Relazione, per cui si concederebbe al direttario un inopportuno potere di controllo sulla gestione dell'enfiteuta, non è poi di eccessivo rilievo.

Nell'ipotesi prevista dall'art. 271 (trasformazioni del fondo che rendano impossibile la corresponsione dei frutti che sono stati determinati) bisognerebbe stabilire che l'enfiteuta debba, ad arbitrio del direttario, o pagare il canone con una equivalente quantità di prodotti o accettare la sua conversione in denaro, allo scopo di non costringere il domino diretto ad accettare in pagamento prodotti dei quali per avventura non abbia alcun bisogno o che per lo meno non gradisca. Inoltre la norma dell'art. 271 dovrebbe esser completata colla determinazione di un criterio idoneo a far giudicare della equivalenza.

L'art. 272 nella parte di cui si è accresciuto rispetto al corrispondente art. 1560, avrebbe bisogno di qualche modificazione formale e di qualche chiarimento. Infatti il terzo comma ammette che i creditori ipotecari e privilegiati dell'enfiteuta concorrano sull'indennità di assicurazione e su ogni altra somma dovuta a titolo di risarcimento dei danni (art. 388, comma 3°), insieme coi creditori del direttario, in ragione del valore dei rispettivi diritti dei loro debitori. Il principio andrebbe formulato in maniera più generale e comprensivo nel senso che si dovrebbe determinare il criterio di ripartizione dell'indennità fra enfiteuta e direttario senza parlare espressamente dei creditori. Una volta infatti riconosciuto il diritto di entrambi, la situazione dei loro creditori privilegiati ed ipotecari verrà di riflesso ad essere automaticamente regolata dall'art. 388, e si verrà indirettamente a riconoscere la possibilità, in base ai principi generali, che anche i loro creditori chirografari se ne giovinno per il soddi-

sfacimento dei loro diritti. Invece nella formulazione attuale l'art. 272 3° comma, si limita a disporre una ovvia applicazione del principio della surrogazione reale, riducendosi ad una inutile ripetizione dell'art. 388. Allo scopo poi di determinare la misura della rispettiva partecipazione dell'enfiteuta e del direttario, sarebbe opportuno indicare quale debba essere il criterio di valutazione dei rispettivi diritti. Accogliendo la proposta ora formulata bisognerebbe provvedere al coordinamento del terzo comma con i due precedenti e specialmente col secondo in previsione del caso di perimento parziale di un fondo assicurato.

Il quarto comma dell'art. 272 dovrebbe porre non soltanto una semplice presunzione che l'assicurazione stipulata dell'enfiteuta sia fatta anche nell'interesse del direttario, ma addirittura l'obbligo dell'enfiteuta di assicurare l'immobile su semplice richiesta del direttario, analogamente a quanto dispone per l'usufruttuario l'art. 145 del Progetto.

L'art. 273 con una disposizione assai opportuna, prevede la possibilità di revisione del canone, nell'interesse dell'una o dell'altra parte, dopo dieci anni dalla costituzione. Ma perchè ammettere tale revisione solo nel caso che le parti lo abbiano espressamente stabilito nell'atto costitutivo, quando invece sarebbe opportuno estenderla ad ogni ipotesi ed anzi specialmente alle ipotesi in cui nulla le parti abbiano detto?

La riconosciuta validità del patto di non alienare e non ipotecare (art. 275) per un periodo massimo di venti anni è una innovazione assai discutibile specie per l'efficacia che a questo patto di indisponibilità viene attribuita.

La indisponibilità dei diritti soggettivi è, nei moderni sistemi giuridici, una eccezione che nell'interesse del commercio deve essere confinata in limiti molto ristretti. Ora a parte il fatto che nella ipotesi nostra non si vede la ragione decisiva che, nell'interesse del direttario, consigli il riconoscimento della indisponibilità convenzionale, pare evidente che il termine di venti anni sia

eccessivo; nell'interesse stesso dell'agricoltura e della produzione e quindi di riflesso nell'interesse stesso del direttario, non è davvero consigliabile costringere l'enfiteuta a conservare contro la sua volontà e la sua convenienza la titolarità del diritto di enfiteusi per un tempo così lungo.

Comunque la norma dell'art. 275 non andrebbe incontro a critiche sostanziali se la sanzione del divieto di alienazione fosse, come accade di regola, una responsabilità per danni. Invece l'art. 306 riconosce una più ampia portata al divieto convenzionale di alienazione, disponendo che l'alienazione è inopponibile al direttario e attribuendo a questo il diritto di chiedere la devoluzione del fondo.

Va subito osservato che l'art. 306 è destinato a dar luogo ad una serie di situazioni complicate. Se la conseguenza della violazione dell'obbligo di non alienare fosse la nullità dell'alienazione, la sanzione sarebbe assai grave ma il sistema sarebbe abbastanza semplice. Invece la sanzione della inefficacia relativa aggravata dalla possibilità della devoluzione immediata complica gravemente il sistema. Fino a quando infatti il direttario non provvede a chiedere la devoluzione oppure lascia trascorrere inutilmente il termine di un anno fissato dall'art. 306, l'unica conseguenza della inopponibilità dell'alienazione sarà che il primo enfiteuta non sarà liberato dai suoi obblighi sino a quando non scada il termine per cui è ammesso il divieto di disposizione. Ma l'alienazione resta perfettamente valida sia nei rapporti tra alienante e acquirente sia nei confronti degli altri terzi che non siano aventi causa del direttario. Il che non rappresenterebbe veramente un danno grave per nessuno. Ma nel momento in cui il direttario esercita la devoluzione, l'alienazione compiuta in contravvenzione al divieto diventerà inefficace *ex tunc* e non solo nei confronti del direttario ma anche nei confronti delle stesse parti e dei terzi che eventualmente abbiano acquistato diritti contro il nuovo enfiteuta, anche se tale acqui-

sto sia anteriore alla trascrizione della domanda di devoluzione, che invece normalmente (art. 311) rappresenta l'ultimo momento in cui sono salvi i diritti acquistati dai terzi. Se ben si consideri perciò il sistema dell'art. 306, si vede che in fondo coloro che sarebbero i veri danneggiati sono i terzi aventi causa dal nuovo enfiteuta, i quali non potrebbero neppure rivalersi sulla indennità dovuta per i miglioramenti, dato che questa dovrebbe essere pagata al primo enfiteuta, e dato che il nuovo enfiteuta non avrebbe, di fronte al direttario, il diritto di ritenzione di cui all'art. 300, e i suoi creditori non si potrebbero giovare della procedura stabilita nell'art. 302, nè potrebbero intervenire ai sensi dell'art. 299. In sostanza l'art. 306, attribuendo il diritto alla devoluzione e sancendo la inopponibilità della alienazione al direttario, finisce col riconoscere efficacia retroattiva alla devoluzione sino al momento dell'alienazione. Ora è assai discutibile se questa anomala efficacia retroattiva sia veramente consigliabile nell'interesse dei terzi e del credito. Probabilmente la soluzione migliore sarebbe quella di ritenere che in caso di alienazione il primo enfiteuta continui a restare obbligato verso il direttario fino alla scadenza del divieto, oppure fino a che non venga liberato dal direttario, e salva sempre un'azione di risarcimento dei danni. La possibilità della devoluzione immediata dovrebbe invece essere esclusa. Del resto è sintomatico che nel caso di costituzione d'ipoteca, previsto dal capoverso dell'art. 306, la sanzione della inopponibilità della ipoteca al direttario non è completata da quella della possibilità della devoluzione. Per quanto si potrebbe domandare a questo proposito quale sia la importanza pratica di questa sanzione, una volta che la semplice inopponibilità al direttario non potrebbe impedire la espropriazione forzata del diritto di enfiteusi. In conclusione una revisione del sistema seguito dagli artt. 275 e 306 sarebbe veramente augurabile.

Un poco eccessivo appare inoltre il principio della inoppo-

nibilità al direttario delle cessioni e liberazioni di fitti posto con qualche attenuazione dall'art. 277. Il sistema seguito da questa disposizione è approvabile per il caso di enfiteusi a termine, quando la cessione o la liberazione dei fitti venga a scadere dopo la scadenza dell'enfiteusi, ma appare troppo rigoroso per la ipotesi inversa e per quella in cui il direttario ottenga la devoluzione per ragioni diverse dalla scadenza del termine. In questa ipotesi può sembrare più giusto tutelare la buona fede dei terzi cessionari o che siano stati liberati dai fitti, bastando a tutela del direttario la ordinaria possibilità di impugnare per frode la cessione o la liberazione. In ogni caso il richiamo alla consuetudine, come è stato rilevato per una ipotesi analoga prevista dall'art. 687 c.p.c. non è affatto adeguato, e il termine massimo di un anno troppo limitato.

L'art. 278 dovrebbe essere chiarito nel senso che il principio in esso espresso valga solo per le ipotesi in cui vi siano contemporaneamente ipoteche sul dominio diretto e sul dominio utile, perchè nella ipotesi in cui vi siano ipoteche solo sul dominio diretto o solo sul dominio utile, il principio più esatto è che le ipoteche automaticamente si estendano sulla piena proprietà.

In un sistema, come quello del Progetto, ispirato ad una più energica tutela della posizione del direttario, l'art. 281 che determina la estensione del diritto dell'enfiteuta sulla scorta dell'art. 1561 del codice, dovrebbe subire qualche attenuazione specie in caso di enfiteusi temporanea. Quando infatti l'enfiteuta a termine non ha, in virtù del titolo, il potere di affrancazione, la sua posizione, come soggetto obbligato in definitiva alla restituzione, somiglia assai a quella dell'usufruttuario e a questa dovrebbe essere avvicinata anche nella sua disciplina concreta. Così ad esempio dovrebbe essere posto un limite al godimento dell'enfiteuta a termine in ordine al tesoro, dato che non si spiega la netta antitesi fra l'art. 281 e l'art. 124. In altri termini nel disciplinare i diritti e gli obblighi dell'enfiteuta bisognerebbe dif-

ferenziare la situazione dell'enfiteuta che, avendo il diritto di affrancare, è un proprietario potenziale, da quella dell'enfiteuta che, analogamente all'usufruttuario, è tenuto alla restituzione del fondo.

La prima parte dell'art. 282, ricalcata sul corrispondente art. 1562 comma primo, diventa assolutamente superflua ove si mantenga l'art. 275, perchè dal fatto che questo ultimo articolo riconosce eccezionalmente e in limiti definiti la efficacia del divieto negoziale di alienazione, si desume assai facilmente il principio generale che si è voluto ribadire nell'art. 282. L'art. 1562 ha una sua funzione perchè tende appunto ad escludere ogni divieto di alienazione, mentre l'art. 282 I p. invece sarebbe un lusso inutile. Anche il capoverso dell'art. 282 che riproduce il corrispondente capoverso dell'art. 1562, fa nascere qualche dubbio: infatti, secondo il codice vigente, il principio che per la trasmissione del diritto enfiteutico non è dovuta alcuna prestazione a favore del direttario, è di ordine pubblico e non può essere derogato dalla volontà delle parti; si può dire lo stesso per l'art. 282 2° comma, che, pur ponendo lo stesso principio, non è compreso fra le disposizioni inderogabili elencate nell'art. 279 del Progetto?

Anche la disposizione dell'art. 263 può fare sorgere qualche dubbio. Ad es.: trova anche applicazione all'ipotesi di acquisto originario? La lettera dei due primi capoversi sembrerebbe giustificare la soluzione affermativa, quella dell'ultimo capoverso farebbe invece propendere per la negativa. Inoltre nel caso che il precedente enfiteuta sia stato inadempiente all'obbligo di migliorare, il successivo acquirente a titolo particolare potrebbe essere costretto a subire la devoluzione, malgrado che egli non vi abbia dato causa?

Se esiste una correlazione fra il termine prescrizione e quello al cui scadere il direttario può chiedere la ricognizione del suo diritto, l'art. 284 dovrebbe ammettere la ricognizione ogni

nove anni e non ogni diciannove, visto che il termine di prescrizione è stato nel Progetto ridotto a dieci anni.

Acuta e ingegnosa è la soluzione data dagli artt. 285-286 a uno dei più spinosi problemi in tema di enfiteusi, e merita quindi di essere approvata.

Sembrano piuttosto eccessivi i limiti di tempo fissati dall'art. 287 per l'esercizio del potere di affrancazione. Per l'enfiteusi perpetua, dato che le parti sono libere di fissare un qualunque limite minimo e che d'altra parte il potere di affrancare non può in nessun caso essere escluso, una riduzione del limite legale allo stato stabilito in 30 anni può essere ragionevole. E per l'enfiteusi temporanea, considerato che essa può costituirsi anche per soli dieci anni, sarebbe opportuno ridurre della metà il termine fissato in mancanza di una espressa statuizione delle parti.

La deroga che l'art. 289 introduce al principio che la domanda di affrancazione prevalga alla domanda di devoluzione, per il caso di devoluzione dovuta a grave inadempimento all'obbligo di migliorare, si giustifica sino ad un certo punto. Poichè essa vuole essere una pena per l'enfiteuta sarebbe più opportuno stabilire che la devoluzione prevale all'affranco solo quando sia stata proposta prima, sembrando eccessivo che essa possa prevalere persino ad una domanda di affrancazione già in corso.

L'art. 294 ha bisogno di un ritocco di forma per l'antinomia che, sotto il profilo formale, sussiste fra la frase iniziale e il comma quarto. Se infatti si dice che l'atto di affrancazione deve essere stipulato fra direttario ed enfiteuta è inutile poi dire che l'atto non può essere trascritto senza il consenso del direttario. Senza dire poi che il comma quarto sembrerebbe addirittura alludere alla necessità che il direttario presti il suo consenso alla trascrizione, il che è evidentemente assurdo.

L'art. 295, riproducendo in massima parte l'art. 10 del R. D. 7 febbraio 1926, n. 426, continua a dire che ove il prezzo di affrancazione venga determinato in misura maggiore di quello

depositato e l'enfiteuta non provveda al deposito del residuo, questo non può ottenere la trascrizione della sentenza. Sarebbe più opportuno stabilire che anche in tale ipotesi l'enfiteuta decada dalla domanda di affrancazione, per evitare che questa conservi, per un tempo indefinito, una efficacia claudicante e piuttosto strana, che fra l'altro può dar luogo, come si è in pratica verificato, a qualche grave inconveniente specie nell'ipotesi in cui l'enfiteuta chieda di affrancare allo scopo esclusivo di paralizzare la domanda di devoluzione già proposta dal direttario per l'inadempimento all'obbligo del pagamento del canone.

L'art. 299, regolando la possibilità d'intervento dei creditori dell'enfiteuta nel giudizio di devoluzione, troverebbe posto più adeguato alla fine della sezione seguente. Discutibile poi è la soluzione accolta dall'art. 299 cpv. per tutelare i creditori ipotecari anteriori alla trascrizione della domanda di devoluzione che non abbiano avuto la notifica di questo. Infatti in forza di questa disposizione si può paralizzare una devoluzione già perfetta, il che nuoce alla stabilità dei rapporti specie in considerazione del fatto che non è stabilito alcun termine perentorio entro il quale sia possibile ai creditori l'esercizio anomalo del potere di affrancare. E che si dirà del caso in cui i creditori, pur non avendo ricevuto alcuna notifica, siano venuti *aliunde* a conoscenza della domanda di devoluzione, e del caso inverso in cui, pur essendo stata fatta in tempo utile la notifica, i creditori provino di non averne avuto effettiva conoscenza e di non aver potuto spiegare intervento nel giudizio per caso fortuito o forza maggiore? Sarebbe invece molto meglio imporre al direttario l'obbligo di notificare la sua domanda (e non si spiega perchè, come appare dalla Relazione, i compilatori siano stati così riluttanti dall'ammettere un obbligo siffatto) sia ai creditori ipotecari sia a quelli che avessero trascritto precetto immobiliare prima della trascrizione della domanda di devoluzione. Tanto più che per questi ultimi non sarebbe in nessun caso applicabile il capoverso

dell'art. 299 che è di stretta interpretazione, e sarebbe quindi ingiustamente preclusa ogni via per tutelare le loro ragioni. Avvenuta la notificazione entro un termine da stabilirsi, i creditori non avrebbero da lamentarsi se non della propria negligenza; in difetto della notificazione la domanda di devoluzione dovrebbe considerarsi improcedibile.

Quanto al criterio di valutazione dei miglioramenti, in caso di devoluzione, posto dall'art. 300, sarebbe opportuno ripristinare la norma dell'art. 1566 che, in caso di devoluzione per inadempimento, impone di valutare i miglioramenti secondo la somma minore fra lo speso e il migliorato, ponendo così una giusta sanzione a carico dell'enfiteuta inadempiente.

Assai opportuna appare la norma dell'art. 301 cpv. che risolve nel senso più giusto una grave questione, e lo stesso si dovrebbe dire per l'art. 303 se il procedimento in esso previsto per garantire le ragioni dei creditori dell'enfiteuta sull'indennità per miglioramenti, non si rivelasse in pratica complicato e soprattutto dispendioso.

Gli artt. 303-305 regolano il diritto di prelazione che nell'atto costitutivo può essere riservato al direttario in caso di vendita volontaria del diritto di enfiteusi, ma non specificano chiaramente se un patto di tal genere abbia o no efficacia reale, tale cioè da far venire meno l'acquisto eventualmente fatto da un terzo in violazione del patto di prelazione. Nell'ipotesi affermativa, che forse non è la più consigliabile, bisognerebbe stabilire un termine perentorio entro il quale il direttario possa far valere contro il terzo acquirente la efficacia del patto, allo scopo di non prolungare eccessivamente lo stato di incertezza e la instabilità dell'acquisto del terzo.

TITOLO V.

LA TRASCRIZIONE

Questo titolo può a buon diritto essere considerato la parte di gran lunga migliore del Progetto. La disciplina della trascrizione che presentava tante lacune nel codice vigente, alle quali erano stati portati ripari non sempre adeguati ed organici, che, in seguito alle note leggi fiscali, era stata resa ancora più complicata e irta di questioni, è attuata nel Progetto con una serie di norme precise, ispirate ad un principio unitario e collegate in un sistema organico, approvabile non solo nelle sue linee essenziali ma anche nei dettagli. Certo nella formulazione delle norme relative alla trascrizione i compilatori del Progetto hanno fatto tesoro della imponente elaborazione, che ha preceduto la riforma di questo istituto, ma questo dovrebbe valere per tutti gli istituti, perchè solo una intensa ed organica elaborazione può essere condizione di un vero progresso legislativo.

Sulla base del principio che la trascrizione può essere considerata non solo come una forma di pubblicità nei confronti dei terzi, ma pure come un elemento essenziale per la efficacia degli atti anche fra le parti, il Progetto opportunamente distingue tre categorie di atti. La prima è data dagli atti *inter vivos* elencati nell'art. 357 nn. 1, 2, 3, 4, 5, per i quali la trascrizione è elemento essenziale per la efficacia dell'atto anche fra le parti; la seconda è data dagli atti che importano acquisto *mortis causa*, rispetto ai quali la funzione della trascrizione è profondamente

diversa da un punto di vista teorico, ma praticamente si viene ad adeguare a quella che si ha per gli atti della prima categoria attraverso la norma, assai ingegnosa, dell'art. 366; la terza è data da quegli atti che non trasferendo o costituendo diritti reali, ma importando solo limitazione di godimento, devono trascriversi allo scopo di renderli opponibili ai terzi che abbiano acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile. Solo per questa ultima categoria vale il principio dell'art. 1942 del Codice attuale. Rientra in questa categoria la costituzione del vincolo dotale o di comunione fra coniugi e l'atto costitutivo del patrimonio familiare.

Un poco incerta invece appare la posizione di due altri atti dei quali il Progetto impone la trascrizione, e cioè della divisione (art. 360) e della transazione (artt. 361-362) la cui non perfetta aderenza al sistema è probabilmente dovuta al tradizionale pregiudizio della loro natura dichiarativa. Infatti per la divisione la trascrizione è richiesta al solo scopo di impedire che la divisione possa essere impugnata dai creditori e dai cessionari che non abbiano trascritto prima la opposizione o che non abbiano un titolo trascritto anteriormente alla trascrizione della divisione. Per la transazione la mancanza di trascrizione rende inopponibile l'atto ai terzi solo nel senso che essi possono in nome proprio intentare o proseguire la lite, troncata con la transazione, all'effetto limitato di mantenere salvi i loro diritti.

Il sistema seguito per le divisioni e per le transazioni non appare in pieno approvabile. Perchè è vero che di solito di fronte ad una divisione non trascritta i soggetti interessati a considerarla inopponibile nei loro confronti sono gli stessi creditori e cessionari che sono legittimati ad impugnarla, e perciò la norma dell'art. 360 può essere sufficiente a tutelarli, ma può anche accadere che la divisione abbia per qualche aspetto carattere attributivo nel senso che uno dei condividenti può, a scopo di conguaglio, trasferire o costituire un diritto reale immobiliare a favore

di uno o più condividenti. Ed allora per queste ipotesi torna la necessità di riconoscere alla trascrizione della divisione la funzione stabilita nella prima parte dell'art. 358. Che se si ritiene che a questa conseguenza si debba arrivare anche col sistema del Progetto, non sarebbe male chiarire in questi termini la portata della disposizione. Un'altra osservazione potrebbe pure farsi relativamente al quarto comma dell'art. 360, nel quale si dice che i creditori e i cessionari non possono impugnare la divisione compiuta senza il loro intervento se non abbiano trascritto la loro opposizione prima della trascrizione della divisione. Questa disposizione attenua senza una ragione plausibile la tutela che molto opportunamente si è voluta introdurre nel Progetto a favore dei creditori dei condividenti. Infatti è perfettamente possibile che i creditori o i cessionari non abbiano nessuna conoscenza della divisione e quindi non abbiano possibilità di trascrivere la loro opposizione, e non è giusto che rispetto a loro l'anteriorità della trascrizione della divisione funzioni come fatto impeditivo del diritto di impugnativa. Vero è che il comma successivo pone una eccezione per i creditori ipotecari e per coloro che abbiano un titolo trascritto prima della trascrizione della divisione, ma in ogni modo resta l'inconveniente che praticamente è molto difficile che si verifichi l'ipotesi prevista dal 4° comma dell'art. 360. Tanto varrebbe allora sopprimere questa disposizione che introduce una forma di tutela solo apparente, e lasciare ai creditori che si trovano in quelle condizioni la possibilità di impugnare la divisione se fatta in frode delle loro ragioni.

Osservazioni analoghe possono valere per le transazioni, per le quali anzi il carattere della dichiaratività, rinnegato dalla dottrina più recente, è indubbiamente molto più evanescente che nella divisione. Il Progetto ha in verità considerato solo l'ipotesi della transazione che si risolve in una reciproca rinuncia alle rispettive pretese, mentre vi sono altre forme in cui il carattere costitutivo del negozio è innegabile. Sarebbe perciò consigliabile

estendere anche alla transazione relativa a diritti reali immobiliari, il principio della funzione costitutiva della trascrizione, dando perciò la possibilità ai terzi che abbiano acquistato diritti sull'immobile (sempre che abbiano validamente acquistato un diritto pertinente al loro dante causa) a disconoscere *in toto* l'efficacia della transazione, e non già semplicemente quella, praticamente poco opportuna, di continuare in nome proprio la lite.

Passando poi a qualche osservazione di dettaglio, si può dire:

a) l'art. 357 n. 1 impone la trascrizione degli atti tra vivi diretti *a costituire* la proprietà su immobili, ossia in sostanza gli atti diretti a porre in essere una concessione superficiaria. E' da osservare che la formula dell'art. 357 n. 1 (atti diretti a costituire la proprietà) va messa in correlazione e coordinata con la disposizione dell'art. 94 ult. cpv. che sottopone le concessioni superficiali alle regole riguardanti le servitù. Probabilmente è questa disposizione, inidonea a definire l'essenza della concessione superficiaria, che va riveduta.

b) Secondo l'art. 357 n. 4 sono soggette a trascrizione le sentenze di vendita all'incanto, di proprietà di immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca. Se si considera che i nn. 1 e 2 dell'art. 357, modificando la dizione dell'art. 1932 n. 1, non parlano più di beni capaci d'ipoteca, e che d'altra parte l'art. 422 considera come beni capaci di ipoteca le rendite sopra lo Stato, le navi, le aeronavi, le automobili, l'art. 357 n. 4 potrebbe far pensare che vadano soggette alla trascrizione, regolata nel Progetto, anche le sentenze di vendita relative ai beni di cui all'art. 422. Il che invece è evidentemente inammissibile.

c) L'art. 358 (il cui titolo non è perfettamente adeguato) costituisce la norma fondamentale in tema di trascrizione di atti *inter vivos*, che codifica i nuovi orientamenti seguiti dal Progetto in tema di trascrizione. Certo neppure la norma contenuta nel primo comma dell'art. 358 che per gli atti traslativi impone

la trascrizione come condizione di efficacia dell'atto anche fra le parti, riesce ad ovviare interamente a quelli che sono i difetti intrinseci del nostro sistema di pubblicità. Basti pensare ad es. che la trascrizione è inidonea, anche nel sistema del Progetto, a sanare i vizi dell'atto e che perciò un acquirente non può mai essere sicuro della inattaccabilità del suo acquisto. Ma purtroppo si tratta di inconvenienti non eliminabili con tutta la buona volontà, e ai quali anzi si è cercato di porre parzialmente rimedio con la norma dell'art. 367.

d) La prima parte dell'art. 360 che stabilisce un requisito di forma *ad substantiam* per la divisione, è in questa sede assolutamente fuori di posto.

e) L'art. 363 primo comma impone la trascrizione del vincolo dotale quando l'atto abbia come oggetto i beni di cui all'art. 357 n. 1. Si può chiedere: perchè non si richiede la trascrizione anche nelle ipotesi in cui la costituzione del vincolo dotale abbia per oggetto i beni di cui all'art. 357 n. 2?

f) L'art. 365 secondo comma allude alla trascrizione di alcune domande che non sono poi menzionate nell'art. 367. Sarebbe bene integrare sotto questo profilo questa ultima disposizione.

g) Assai notevole è la disposizione dell'art. 367 che, completando ed allargando l'elenco contenuto nell'art. 1933 del codice, stabilisce quali siano le domande giudiziali da trascrivere e chiarisce per quali effetti la trascrizione è richiesta. Per effetto di questa disposizione il sistema attuale sarà in molti punti modificato per le deroghe sempre più frequenti al principio che *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, ma le modificazioni sono fra quelle sempre auspiccate dalla dottrina e quindi in pieno approvabili. E' probabile che l'elenco dell'art. 367 sia suscettibile ancora di essere integrato. Ad esempio non sarebbe male che venisse richiesta la trascrizione della domanda di riscatto nella vendita.

TITOLO VI.

I PRIVILEGI E LE IPOTECHE

Le disposizioni generali di questo titolo riproducono quasi integralmente le corrispondenti disposizioni del codice, anche con le mende formali di cui si era fatto carico a queste.

Così l'art. 385, nel consacrare il principio che il debitore inadempiente risponde verso il creditore con tutto il suo patrimonio, usa ancora una formulazione tecnicamente imprecisa. Dal punto di vista formale sarebbe infatti assai opportuno abolire l'avverbio « personalmente » assolutamente superfluo, non parlare di obbligazioni *contratte*, dato che il principio non vale soltanto, come è ovvio, per le obbligazioni contrattuali, sostituire alla frase « è tenuto ad adempiere » un'altra espressione che metta piuttosto in luce l'elemento della responsabilità, perchè i beni del debitore non sono mezzi di adempimento in senso tecnico ma solo oggetto della responsabilità del debitore.

La materia dei privilegi, regolata dagli artt. 389-412 del Progetto, si presenta certo più semplificata e più ordinata rispetto al sistema vigente. Resta però l'inconveniente pratico che questa materia continuerà ad essere regolata oltre che dal codice da numerose leggi speciali, le quali hanno moltiplicato il numero dei privilegi, non tenendo conto della necessità di limitarne, nell'interesse del credito e per la tutela dei terzi, il numero. Il che fa pensare che una più decisa semplificazione di questa complessa materia sarebbe stata forse opportuna.

Tenendo ferma la nozione tradizionale del privilegio, l'art.

389 prevede che, nei casi stabiliti dalla legge, il privilegio possa sorgere anche dalla convenzione. Probabilmente la disposizione è stata dettata allo scopo di salvare quella curiosissima e anomala forma di privilegio convenzionale regolata dalla legge sul credito agrario. Ma in sede di riforma del codice non andava dimenticato che il privilegio convenzionale è una contraddizione in termini. Sarebbe stato anzi opportuno includere la materia dei privilegi agrari nel progetto, rivedendone i principi e migliorando la disciplina che allo stato lascia veramente molto a desiderare.

L'art. 390, facendo salvi i diritti reali acquistati dai terzi prima della nascita del credito privilegiato e quelli acquistati dopo ma in buona fede, enuncia un principio generale assai discutibile, non essendo ben chiaro il criterio di massima al quale è informato. Se infatti si negasse in linea generale l'efficacia reale dei privilegi, non sarebbe esatto condizionare la salvezza dei diritti dei terzi alla loro buona fede. Se invece si riconoscesse tale efficacia reale, i diritti reali acquistati dai terzi dopo il sorgere del privilegio non dovrebbero essere in nessun caso salvi. Invece poichè anche nel sistema del Progetto alcuni privilegi hanno efficacia reale, mentre altri hanno una semplice efficacia personale, il principio generale dell'art. 390 non ha ragione di essere. Infatti per i diritti acquistati dai terzi prima del sorgere del privilegio non vi è dubbio che, salvo espresse statuizioni della legge, il principio generale è dato dalla inopponibilità del privilegio, per i diritti acquistati dopo, il privilegio sarà o meno opponibile a seconda che ad esso si riconosca in concreto efficacia reale o puramente personale. Il richiamo alla buona fede invece complica la situazione più del necessario. Si propone perciò l'abolizione dell'art. 390.

Allo stesso modo potrebbero essere aboliti i due articoli seguenti, l'art. 391 perchè formula un principio che facilmente si desume dalle disposizioni seguenti e specialmente dagli

artt. 408, 411, 412; l'art. 392 perchè la possibilità di richiedere un sequestro conservativo sulla base del pericolo di rimozione delle cose soggette a privilegio, deve essere riconosciuta anche per il sistema vigente, non potendo essere dubbio che il pericolo che le cose vengano rimosse equivale perfettamente al pericolo di perdere le garanzie del credito. Senza dire poi che la formulazione di un principio generale come quello contenuto nell'art. 392, è tutt'altro che opportuna, dovendosi ritenere che la possibilità del sequestro è da riconoscersi solo per alcune forme di privilegio.

Per quanto riguarda i singoli privilegi e il loro ordine non vi sono in fondo grandi osservazioni da fare, dato che i compilatori si sono attenuti al criterio di lasciare immutato il sistema vigente, provvedendo solo a chiarire alcuni punti e a coordinare meglio le varie disposizioni. Si può solo formulare qualche rilievo di carattere secondario. Così:

L'art. 393 n. 3 ammette il privilegio generale per le somministrazioni di vitto, vesti e alloggio negli ultimi sei mesi, fatte nei limiti dello stretto necessario. Sarebbe preferibile conservare la dizione più sintetica e precisa dell'art. 1956 n. 4 (somministrazione di alimenti), dato specialmente che per l'alloggio provvede in modo particolare l'art. 402 col privilegio speciale del locatore. Bisognerebbe inoltre allargare la portata della norma che accorda il privilegio per i salari delle persone di servizio, comprendendovi le mercedi di tutti i dipendenti, operai ed impiegati.

L'art. 398 considera privilegiati anche i crediti di spese per la trasformazione delle cose che ne aumenti il valore. Sembra eccessivo accordare un privilegio con piena efficacia reale anche per i diritti preesistenti dei terzi, per un credito derivante da opere di trasformazione.

Il privilegio che l'art. 400 riconosce all'albergatore sulle cose introdotte nell'albergo, trova un impedimento nel fatto che le cose siano rubate o smarrite o che l'albergatore conosca che ap-

partengono ad altri. Questa limitazione, che è perfettamente approvabile per il privilegio del locatore, non è molto opportuna per l'albergatore il quale, per la durata normalmente breve del servizio, non ha modo di conoscere la situazione giuridica delle cose che la persona albergata, spesso proveniente da altri luoghi, introduce nell'albergo.

Modificando la formulazione dell'art. 1958 n. 3, l'art. 402 considera privilegiati anche i crediti del locatore derivanti da inadempimento del locatario e dalla risoluzione del contratto. Ora se è giusto ammettere il privilegio per tutto quanto riguarda la esecuzione del contratto, non è altrettanto giusto considerare privilegiati i crediti per risarcimento di danni che possono derivare dalla risoluzione del contratto, e che, specie nelle locazioni a lunga scadenza, possono essere anche assai rilevanti.

L'art. 405, a proposito del privilegio per i tributi fondiari, dovrebbe contenere una disposizione relativa ai ruoli suppletivi, analoga a quella che si riscontra nell'art. 395.

Le ipoteche.

Nella disciplina delle ipoteche i compilatori del progetto, senza introdurre grosse novità, hanno provveduto con opportunità e discrezione a migliorare in alcuni punti il sistema del codice, risolvendo varie questioni dibattute nella pratica e introducendo qualche apprezzabile innovazione in armonia alle attuali esigenze di questo delicatissimo istituto destinato a favorire una sempre più energica tutela del credito.

Certo si potrebbe discutere se non era il caso, in sede di riforma integrale del codice civile, rivedere attentamente anche i principi fondamentali dell'istituto, ma per varie ragioni, non esclusa quella della velocità con la quale si prepara la riforma, non può essere criticabile il sistema di tener fede ai principi già

collaudati da una lunga tradizione e da una notevolissima esperienza. Le osservazioni che seguono riguardano perciò prevalentemente alcuni aspetti tecnici della disciplina proposta.

Le critiche che da varie parti si sono mosse contro il carattere di diritto reale dell'ipoteca, se pure allo stato sembrano ancora infondate, potrebbero consigliare ad eliminare dalla definizione della ipoteca, contenuta nell'art. 413, la menzione di tale carattere, allo scopo di lasciare alla dottrina una maggiore libertà nella definizione e nella costruzione sistematica degli istituti. Del resto tutta questa necessità di definire, che sembra abbia assillato i compilatori, non sussiste davvero per un codice che non è e non deve essere un manuale da servire per la scuola. Per il resto la definizione proposta, perfettamente identica a quella del codice, potrebbe anche essere approvata, pur rilevando che anche contro di essa non sono mancate critiche anche esatte da parte della nostra dottrina.

L'art. 414, risolvendo una lunga controversia, introduce il divieto espresso del patto commissorio. In astratto la soluzione più rigorosa dovrebbe essere approvata, ma non sappiamo se, dal punto di vista pratico, questa norma si rivelerà provvida. Infatti uno degli inconvenienti prevedibili di questo divieto sarà l'incoraggiamento alla impugnativa di vendite con patto di riscatto, che spesso mascherano forme di mutui ipotecari con patto commissorio. Inoltre sarebbe bene che, in linea generale, si abbandonasse finalmente l'antieconomico principio del *favor debitoris* e si cercasse di tutelare più energicamente il credito. Altrimenti il codice civile corre il rischio di restare su questo terreno molto indietro non solo rispetto alle esigenze concrete ma anche rispetto ad alcune leggi speciali che tutelano molto più energicamente alcune forme speciali di credito.

Anche l'art. 415 risolve affermativamente una questione assai dibattuta in dottrina ammettendo la possibilità della cessione sia del grado ipotecario sia della stessa ipoteca indipendente-

mente dal credito. Non condividiamo affatto il giudizio sulla opportunità della soluzione che, a nostro avviso, non si giustifica neppure sul terreno dell'attuale diritto positivo. Fin quando la ipoteca resterà quella che è nel codice e in fondo anche nel Progetto, cioè un diritto di natura accessoria destinato ad una specifica e determinata funzione di garanzia, la cessione della sola ipoteca non dovrebbe avere diritto di cittadinanza e alla cessione del grado bisognerebbe riconoscere solo effetti puramente obbligatori. Nè si dica che il carattere accessorio della ipoteca sia solo un pregiudizio di carattere teorico, sopraffatto da superiori esigenze pratiche, poichè da un lato non si può negare che l'accessorietà è uno dei caratteri fondamentali dell'ipoteca, e dall'altro non si riesce a vedere quale sia la esigenza pratica inderogabile che imponga il riconoscimento di una siffatta anomala circolazione dell'ipoteca.

L'art. 418 risolve alcune questioni fino ad ora assai dibattute, disponendo fra l'altro che al creditore ipotecario sono inopponibili i diritti reali che eventualmente il debitore costituisca sulla cosa dopo la iscrizione dell'ipoteca, e che tali diritti vanno convertiti in denaro e collocati nel giudizio di graduazione. La soluzione adottata è perfettamente giusta per quanto riguarda le servitù, ma non altrettanto si può dire per altri diritti reali di godimento e principalmente per l'usufrutto e l'enfiteusi. Per il codice vigente non dovrebbe esser dubbio infatti che, nei confronti del creditore ipotecario, il terzo che dopo la iscrizione dell'ipoteca abbia acquistato un diritto di usufrutto o di enfiteusi sull'immobile ipotecato, debba essere considerato come un terzo possessore a tutti gli effetti. Invece col sistema del Progetto nè l'usufruttuario nè l'enfiteuta possono avvalersi dei vantaggi che la legge accorda al terzo possessore, il che non solo è inopportuno da un punto di vista pratico, ma inesatto anche da un punto di vista teorico, perchè attraverso tale norma si viene a dare un appoggio testuale alla tesi, di recente avanzata, secondo la

quale l'ipoteca importerebbe la indisponibilità del fondo, tesi invece che appare chiaramente respinta dal Progetto. Sarebbe quindi opportuno che venisse espressamente codificato il principio che, secondo la dottrina più accettabile, è già implicito nel sistema del codice.

Per la ipotesi in cui il debitore compia atti tali che possano cagionare il perimento o il deterioramento dell'immobile ipotecato sarebbe augurabile che il Progetto prevedesse sanzioni altrettanto più energiche di quelle stabilite nell'art. 419, che pure ha migliorato il sistema dell'art. 1980 del Codice.

L'art. 421, in tema di ipoteca avente per oggetto l'usufrutto, risolve nel senso sostenuto dalla migliore dottrina una questione assai dibattuta per il nostro codice.

Sarebbe stato forse opportuno completare l'elencazione dei beni ipotecabili risolvendo così espressamente alcune controversie. Ad esempio, mentre non si discute sulla ipotecabilità della proprietà superficiaria, è assai dubbio se si possa ipotecare la concessione *ad aedificandum*; lo stesso va detto per i diritti di privativa, per le concessioni minerarie e così via.

Il Progetto ha eliminato la figura dell'ipoteca legale a favore del minore sui beni del tutore. Tale abolizione è conseguente al sistema seguito dall'art. 389 del Progetto definitivo del primo libro del codice civile, il quale, come misura cautelare nell'interesse del minore, prevede soltanto la prestazione di una cauzione da parte del tutore. Tuttavia, per quanto la critica si riferisca al citato art. 389, è seriamente da dubitarsi se l'abolizione sia giustificata. In fondo anche nel codice la possibilità di iscrivere la ipoteca legale era subordinata alla mancata scelta da parte del tutore di un altro modo di cauzione. E con questa funzione accessoria e subordinata alla volontà dello stesso tutore questa forma di ipoteca legale poteva sopravvivere anche col nuovo ordinamento della tutela.

Con la nuova formulazione più chiara e comprensiva del-

l'art. 425 vengono ad essere opportunamente eliminate alcune questioni che si facevano in tema di ipoteca giudiziale. Dal punto di vista formale si potrebbe sostituire nell'art. 425 e nei due successivi alla espressione « produrre ipoteca », che è imprecisa, dato il principio espressamente enunciato che l'ipoteca nasce solo colla iscrizione, una espressione tecnicamente più esatta.

In tema d'ipoteca volontaria il Progetto si è preoccupato di risolvere espressamente alcune notevoli controversie dottrinali e pratiche. Una disposizione che merita di essere segnalata è quella dell'art. 433 che pone in maniera decisa il principio secondo il quale l'ipoteca non ha bisogno per la sua costituzione del meccanismo contrattuale, essendo all'uopo sufficiente la dichiarazione unilaterale di volontà del concedente. Conseguenza di questo principio, praticamente assai opportuno, è il riconoscimento della ipoteca testamentaria, che alcuni scrittori, con una interpretazione assai ardita, ammettevano già per diritto vigente.

Nella formulazione dell'art. 430, che riproduce il fondamentale principio dell'art. 1976 del codice vigente, bisognerebbe sopprimere la menzione espressa dell'ipoteca costituita in base a titolo annullabile, dato che questa ipotesi trova nel Progetto una sua specifica disciplina nel successivo art. 432.

Allo scopo di rendere meno aleatoria la ipoteca costituita dal condomino su beni determinati, l'art. 431 ammette che la ipoteca si possa trasportare sui beni che siano in concreto toccati al concedente in seguito alla divisione, s'intende col grado e nei limiti del valore dei beni precedentemente ipotecati. La disposizione, rispondente a una profonda esigenza pratica e ad un **voto unanime** della dottrina, è assai provvida. Anzi per non diminuire la portata della innovazione sarebbe forse opportuno modificare il secondo capoverso dell'articolo in parola, secondo il quale il trasporto dell'ipoteca non pregiudica l'ipoteca legale a favore del dividendo per rifacimenti e conguagli, il che è certamente giusto, nè le ipoteche validamente iscritte contro

tutti i partecipanti. Questa ultima disposizione si giustifica nel caso che l'ipoteca collettiva colpisca solo i beni a sua volta ipotecati dal singolo condomino, o comunque solo alcuni beni della comunione. Ma nel caso in cui l'ipoteca collettiva sia stata iscritta su tutti i beni indivisi, non vi sarebbe nessuna ragione di preferirla all'ipoteca concessa dal singolo condomino, dato che colui che ha iscritto l'ipoteca contro tutti i condomini, sapeva benissimo che esisteva su alcuni di questi beni una ipoteca individuale. In questa ultima ipotesi dunque dovrebbe tornare in vigore il principio posto dal secondo comma dell'art. 431.

L'art. 432, ponendo un principio identico per la ipoteca su cosa altrui e su beni futuri e per la ipoteca concessa da un rappresentante senza potere, stabilisce che il titolo costitutivo è inefficace sino a quando i beni non siano entrati in proprietà del concedente o non sia sopravvenuta la ratifica del *dominus*. In ogni caso è esclusa ogni efficacia retroattiva della iscrizione e non è riconosciuto alcun effetto ad una iscrizione originariamente presa. Solo per quanto riguarda la vera e propria ipoteca su cosa altrui sarebbe forse opportuno precisare quale sia la situazione obbligatoria che deriva dalla concessione la quale, sotto il profilo della sua efficacia reale, è in istato di sospensione. Probabilmente sarebbe opportuno porre una norma analoga a quella dell'art. 59 del codice di commercio relativa alla vendita di cosa altrui, riconoscendo cioè alla concessione di ipoteca su cosa altrui, e a differenza di quella su cosa futura, una immediata efficacia obbligatoria.

Per quanto riguarda invece la ipoteca costituita in base a titolo annullabile, il capoverso dello stesso articolo riconosce, come è del resto ovvio, la efficacia retroattiva della conferma, la quale però trova il suo inderogabile limite nei diritti dei terzi, attraverso la frase finale « salvi i diritti dei terzi ». Questa limitazione, che riproduce per questa ipotesi particolare, la corrispondente e assai infelice limitazione contenuta nell'art. 1309 del codice, non

pare opportuna. Essa infatti tende a salvare le altre ipoteche o i diritti di altro genere che siano stati costituiti durante il periodo utile per far valere l'azione di annullamento contro la prima concessione di ipoteca. Questa salvezza non si giustifica nè da un punto di vista teorico perchè, come è noto, il negozio annullabile è un negozio perfettamente efficace rispetto al quale il potere di annullamento spettante alla parte rappresenta un potenziale fatto impeditivo della sua efficacia, nè da un punto di vista pratico perchè i terzi che durante quel periodo abbiano acquistato diritti sull'immobile, non hanno alcun ragionevole motivo di ritenere più probabile l'esercizio del potere di annullamento anzichè la dichiarazione di conferma. In definitiva la conferma del negozio annullabile opera non tanto sul negozio quanto sul potere di annullamento che spetta all'interessato, paralizzandone la possibilità di esercizio; ossia in altre parole elimina un possibile ostacolo ad una indefinita efficacia del negozio. Onde la efficacia retroattiva della conferma non dovrebbe trovare limiti. Del resto anche secondo il Progetto a questa conseguenza si dovrebbe arrivare nel caso in cui l'azione di annullamento sia colpita dalla prescrizione estintiva, non potendosi, di fronte alla lettera dell'art. 432 cpv. adottare in tal caso altra soluzione. Ed allora non si spiegherebbe affatto la diversità di soluzione nelle due ipotesi che sono invece sostanzialmente identiche. Infatti sia la conferma sia la prescrizione estintiva operano allo stesso modo sul negozio annullabile eliminando una causa potenziale del venir meno del negozio, ossia escludono il potere di annullamento e quindi di riflesso rendono inattaccabile il negozio.

La vecchia questione della possibilità di iscrizioni ipotecarie sugli immobili dopo la trascrizione del precetto, assai infelicevolmente risolta dalla nostra prevalente giurisprudenza con una distinzione assolutamente arbitraria, trova una integrale e soddisfacente soluzione nell'art. 436 che nega efficacia a qualunque

ipoteca iscritta dopo la trascrizione del precetto. Bisognerebbe però a tal proposito risolvere espressamente il problema delle conseguenze di una eventuale perenzione del precetto o di un suo annullamento, potendosi altrimenti dubitare se la iscrizione dell'ipoteca divenga o meno efficace nel momento in cui cessa l'efficacia del precetto o nel caso affermativo se la iscrizione abbia o meno efficacia retroattiva.

Inoltre l'art. 436, estendendo la portata dell'art. 1971 del codice, formula il divieto di iscrivere sui beni dell'eredità accettata col beneficio d'inventario o dell'eredità giacente. La disposizione è indubbiamente opportuna, ma va coordinata col sistema seguito dal Progetto a proposito della determinazione del concetto di eredità giacente. Infatti l'art. 71 del Progetto definitivo per il terzo libro, introducendo per vero un sistema assai criticabile, considera come giacente qualunque eredità ancora non accettata se i chiamati non abbiano il possesso reale dei beni ereditari. Coordinando questa disposizione con quella dell'art. 436, si ha che in sostanza i creditori del *de cuius* possono iscrivere ipoteche sui beni ereditari solo quando questi siano già realmente posseduti dal chiamato. Ma allora non si spiegherebbe la differenza di trattamento nelle due ipotesi che si differenziano solo per il fatto che nell'una il chiamato ha e nell'altra non ha il possesso reale dei beni ereditari, profilo questo che, per quanto riguarda l'ammissibilità delle iscrizioni ipotecarie, non ha in realtà nessuna importanza. Si tratta allora di vedere se sia opportuno in linea generale ammettere o escludere la possibilità di iscrizioni sui beni di un'eredità semplicemente devoluta, abbia o non abbia il chiamato il possesso reale dei beni. Tanto più che proprio nell'ipotesi in cui, secondo il Progetto, le iscrizioni sarebbero ammesse, sarebbe più facile introdurre il principio opposto, dato che il chiamato che sia nel possesso reale dei beni, ha un termine perentorio per fare l'inventario e per deliberare, e quindi l'incertezza sulla sorte dei beni non può che essere di breve durata.

Invece nell'ipotesi in cui il chiamato non abbia il possesso reale, il divieto di iscrivere ipoteche, che non sussisteva per l'art. 1971 del codice ma sussiste per il progetto data la correlazione ora spiegata, può veramente essere fonte di gravi conseguenze pratiche. Il sistema va dunque riveduto ma non si esclude che la soluzione migliore sia quella di modificare il concetto di eredità giacente un poco incautamente accolto dal Progetto per il terzo libro del codice.

In conformità ai voti della pratica il Progetto con l'art. 442 espressamente regola la iscrizione ipotecaria a garanzia delle obbligazioni al portatore. Va però rilevato che i due sistemi accolti dal Progetto (nomina di un rappresentante degli obbligazionisti, esercizio cumulativo della ipoteca da parte di tutti gli obbligazionisti) presentano gravi inconvenienti, del resto messi in luce assai bene dalla Relazione. Si tratterebbe quindi di trovare un sistema che permetta al singolo obbligazionista di far valere l'ipoteca. Il problema è certo assai difficile, ma una soluzione non dovrebbe mancare.

La disposizione dell'art. 450 dovrebbe essere coordinata, in ogni caso, coll'art. 436.

A proposito delle spese per la iscrizione e la rinnovazione della ipoteca, l'art. 455 dovrebbe essere completato colla disposizione che le spese devono essere anticipate da colui che chiede la iscrizione o la rinnovazione, analogamente a quanto in tema di trascrizione stabilisce l'art. 383.

Il progetto mantiene inalterato il termine durante il quale la iscrizione conserva la sua efficacia (art. 456). Per quanto il termine in parola sia indipendente da quello prescrizioneale, tuttavia non si può negare che ormai il termine di trent'anni appare eccessivo a tutti gli effetti. Sarebbe consigliabile una riduzione sia pure a venti anni.

Innovando decisamente sul sistema del codice, l'art. 461 riconosce piena efficacia alla iscrizione ipotecaria a garanzia di un

debito futuro ed anche meramente eventuale. Malgrado le buone intenzioni che giustificano tale innovazione, ci pare necessario fare qualche riserva. E' esatto infatti dire che l'art. 2007, attraverso una formula piuttosto infelice, restringeva troppo, almeno apparentemente, la possibilità di una ipoteca a garanzia di un debito futuro, ma è pur vero che l'art. 461 estenda fin troppo tale possibilità. Il principio generale che in questa materia dovrebbe essere adottato dovrebbe esser quello della piena efficacia della ipoteca per un debito futuro la cui nascita però dipenda, sia pure in linea puramente eventuale, da un rapporto che abbia esistenza attuale. Se invece si prescinda dal requisito della esistenza certa ed attuale del rapporto, come fonte eventuale del debito futuro, si viene a creare un sistema destinato a dar luogo ad una serie di inconvenienti pratici, che per di più rinnega uno dei fondamentali caratteri della ipoteca e cioè la sua accessorietà, carattere che presuppone la esistenza attuale o per lo meno potenziale di una obbligazione. Se poi attraverso la formula dell'art. 461 si sia invece voluto codificare proprio il principio da noi auspicato, bisognerebbe ritenere che la lettera della disposizione abbia alquanto tradito l'intenzione dei compilatori e che perciò essa vada sostanzialmente modificata.

Assai opportune le norme, che hanno notevolmente migliorato quelle vigenti, relative all'istituto della surrogazione ipotecaria per evizione (artt. 465-467), completate dalla norma dell'art. 521.

Il complesso delle norme tendenti a disciplinare la situazione del terzo acquirente dell'immobile ipotecato di fronte ai creditori ipotecari, è tolto quasi di peso dal codice vigente, salve alcune modifiche formali e alcune opportune precisazioni. Però a proposito di tale delicata materia non sapremmo condividere l'attaccamento dei compilatori del Progetto ai principi tradizionali. Come risulterà infatti dalle osservazioni che saranno ora

fatte, ci pare che una più profonda revisione dei principi del codice sarebbe stata assai opportuna.

A prescindere dal rilievo formale relativo alla terminologia del Progetto, che continua a indicare il terzo acquirente con l'espressione «terzo possessore», la cui imprecisione può trovare una giustificazione solo nel fatto che tale espressione è entrata ormai nell'uso comune, si potrebbe osservare fra l'altro che la conservazione dell'istituto del rilascio non merita approvazione. Si tratta infatti di un istituto di assai scarsa applicazione pratica e che per giunta è fonte inesauribile di controversie dottrinali. La sua abolizione non lascerebbe certo rimpianto alcuno.

Più in particolare possono essere fatte le seguenti osservazioni:

L'art. 468 pone nel suo primo comma con molta chiarezza la distinzione fra terzo possessore e terzo datore di ipoteca, ma non mette in luce quale sia la differenza concreta che intercorre fra la disciplina delle due figure. Anzi, per quanto riguarda il terzo datore di ipoteca, fa difetto una qualsiasi disciplina, il che non serve ad eliminare le questioni che si sono agitate sotto l'impero del codice vigente sulla applicabilità o meno al terzo datore degli istituti propri del terzo possessore (rilascio, purgazione, ecc.). Inoltre la situazione del terzo datore che, anche nella nostra dottrina, ha contorni alquanto incerti, dato che si tratta di una figura oscillante fra quella del terzo possessore e quella del fideiussore, sarebbe meritevole di una espressa regolamentazione autonoma.

L'art. 468 avrebbe inoltre bisogno di una revisione formale: a) nel primo comma andrebbe invertito l'ordine delle due menzioni relative al terzo possessore ed al terzo datore, allo scopo di fare intendere chiaramente che il creditore ipotecario può agire esecutivamente anche contro il terzo acquirente dal terzo datore; b) la frase iniziale inutilmente sovrabbondante potrebbe essere sostituita da una espressione più semplice, ad es. «qua-

lunque creditore ipotecario»; c) bisognerebbe infine sostituire la proposizione « fino a quando i beni ipotecati si trovano presso di lui » con un'altra più precisa che alluda non ad una relazione di carattere materiale (possessoria), ma ad una relazione giuridica (proprietà); d) nel capoverso potrebbe essere soppressa la frase finale « senza alcuna riserva » che è assolutamente inutile.

Permane nel progetto l'arcaico sistema dell'intimazione al terzo possessore di pagare o rilasciare l'immobile (art. 479). Per quanto la abolizione della necessità di tale intimazione abbia dal punto di vista pratico assai scarsa importanza, tuttavia essa sarebbe consigliabile perchè è opportuno mettere in luce, adeguando la formulazione delle norme alle più rigorose esigenze tecniche, che il terzo possessore non è un soggetto obbligato al pagamento o al rilascio, ma solo un soggetto che deve subire la esecuzione forzata, la quale può essere evitata solo col pagamento o col rilascio. Del resto l'art. 522 del Progetto preliminare per il codice di procedura civile è proprio in quest'ordine di idee.

La formulazione dell'art. 470 potrebbe fare permanere il dubbio se la trascrizione del titolo di acquisto sia requisito essenziale perchè si abbia la figura del terzo possessore. Per l'acquirente dell'immobile per atto *inter vivos*, dati i principi seguiti dal Progetto in tema di trascrizione, la questione è facilmente risolta in senso affermativo, ma il dubbio potrebbe permanere per quanto riguarda il legatario, specie se si considerino le interferenze che, in questa materia, può avere l'art. 364 in correlazione coll'art. 366 del progetto.

Con l'art. 471 il Progetto ha inteso risolvere le vessatissime questioni sulla natura giuridica del rilascio e sulla portata dei suoi effetti pratici. Dalla formula dell'articolo in parola si ricava con sufficiente chiarezza che il rilascio importa abbandono della proprietà, la quale torna al debitore, sia pure allo

scopo precipuo dello svolgimento del processo esecutivo. Ma la soluzione alquanto rigida accolta dal Progetto, dovrebbe importare il riconoscimento di due conseguenze: anzitutto nel caso di abbandono dell'azione esecutiva, l'immobile continuerebbe a restare nel patrimonio del debitore; in secondo luogo, nel caso in cui, avvenuta l'aggiudicazione e pagati i creditori, rimanga un residuo, questo dovrebbe andare del pari al debitore mentre il terzo possessore avrebbe solo l'azione di indennità di cui al successivo art. 477. L'una e l'altra conseguenza sono però certamente inique perchè si risolvono in un danno per il terzo acquirente e in un vantaggio del debitore e quindi niente affatto opportune. Considerando però che le altre soluzioni proposte nella dottrina in ordine alla natura del rilascio, presentano inconvenienti anche più gravi, sembrerebbe opportuno mantenere fermo il principio che il rilascio operi la risoluzione dell'acquisto, però limitandolo al profilo relativo ai rapporti fra terzo possessore e creditori, i quali, in virtù del rilascio, dovrebbero considerare il debitore come esclusivo proprietario dell'immobile. Invece andrebbe esclusa l'efficacia risolutiva del rilascio nei rapporti fra terzo possessore e alienante, in guisa che, attraverso la efficacia *relativa* della risoluzione dell'acquisto, resterebbe ferma l'alienazione e si eviterebbero le due conseguenze poc'anzi accennate, che riflettono, come è evidente, solo i rapporti fra debitore e terzo possessore. Nè sembri strana una siffatta efficacia relativa della risoluzione operata dal rilascio, perchè un'applicazione di questo principio è stata in fondo fatta dal Progetto nello stesso articolo a favore degli aventi causa dal terzo possessore.

Assai opportune sono le modificazioni che, in ordine alla responsabilità per danni del terzo possessore, al suo diritto di prededuzione per i miglioramenti e al modo di realizzarlo sul prezzo di aggiudicazione, l'art. 475 apporta alla corrispondente norma dell'art. 2020.

L'azione d'indennità che il terzo possessore, secondo l'art. 477, ha contro il debitore, non trova altro fondamento che quello ordinario della garanzia per evizione, salvo che è resa più efficiente per via del subingresso ipotecario stabilito nei due capoversi del medesimo articolo. Come si risolverà però la questione relativa all'applicabilità di questo subingresso a favore del terzo datore d'ipoteca che abbia pagato i creditori o abbia sofferto la espropriazione?

Nel primo comma dell'art. 478 andrebbe soppressa la frase finale « purchè il titolo di acquisto sia stato trascritto », del tutto superflua dati i nuovi principi regolatori della trascrizione.

Fra le cause estintive dell'ipoteca elencate nell'art. 485, sarebbe utile eliminare quelle di cui ai numeri 5 e 6, perchè la scadenza del termine finale o il verificarsi della condizione risolutiva sono cause generali del venir meno dei diritti.

Anche per il termine prescrizione dell'ipoteca è stato conservato il termine trentennale. E' giusto, come si avverte nella Relazione, che tale termine è indipendente da quello stabilito per la prescrizione del credito, ma ciò non toglie che in un sistema in cui il termine prescrizione massimo è di dieci anni, appare eccessivo che la ipoteca si debba estinguere solo dopo trent'anni.

La disposizione dell'art. 487 che sancisce la irrilevanza della estinzione della ipoteca, prima della sua effettiva cancellazione, nei confronti dei terzi che su di essa abbiano acquistato diritti, è in stretta correlazione con le norme che hanno riconosciuto la efficacia reale della cessione dell'ipoteca e dei patti di cessione e di postergazione del grado. Se in sede di revisione tale riconoscimento, come è augurabile, verrà meno, anche la disposizione dell'art. 487 perderebbe ogni funzione. Ma anche allo stato essa fa sorgere qualche problema: è inopponibile ai terzi anche la estinzione dovuta a prescrizione? Apparentemente sembra che la risposta affermativa s'imponga, ma si può veramente dubi-

tare se questa sia la soluzione più giusta e più opportuna. In fondo fra la situazione del terzo acquirente a cui favore opererebbe la prescrizione estintiva dell'ipoteca, e quella dei terzi che sull'ipoteca abbiano acquistato diritti, ci pare che la prima andrebbe nettamente favorita. Inoltre l'art. 487 si applica anche quando la estinzione dell'ipoteca è dovuta alle cause di cui ai nn. 5 e 6 dell'art. 485? Logicamente dovrebbe accettarsi la soluzione negativa, ma il contrario non appare dalla comprensiva dizione dell'art. 487 e dalla sua correlazione con l'art. 485?

La rinascita dell'ipoteca in seguito alla declaratoria di nullità del pagamento (art. 488) dovrebbe essere esplicitamente sancita anche per la ipotesi in cui il pagamento sia opera di un terzo.

Il progetto non ha apportato modifiche sostanziali all'istituto della purgazione delle ipoteche e non vi sono quindi osservazioni da fare. Si potrebbe solo discutere se sia veramente opportuna l'abolizione, risultante dall'art. 502, della necessità che il creditore richiedente gli incanti faccia un'offerta superiore a quella del terzo possessore che ha iniziato il giudizio di purgazione. A favore della soluzione del Progetto sta la considerazione che non si può costringere il creditore a correre l'alea di restare acquirente e che non si deve evitare la possibilità di ricorrere agli incanti col richiedere condizioni onerose; contro tale soluzione sta invece la considerazione che l'obbligo di aumentare l'offerta è garanzia sia della serietà della richiesta degli incanti sia della sicurezza che l'incanto avrà comunque un risultato utile. A noi sembra che le considerazioni contrarie siano più decisive di quelle favorevoli, e che perciò sarebbe più opportuno ritornare al sistema del codice. In ogni modo si deve provvedere al coordinamento dell'art. 502 con l'attuale art. 529 del Progetto preliminare del Codice di procedura civile che espresamente impone al creditore che vuole chiedere l'incanto di fare un'offerta superiore almeno del dieci per cento al prezzo offerto dal terzo possessore.

TITOLO VII.

IL POSSESSO

Le novità introdotte dal Progetto nella disciplina del possesso non sono nè molte nè profonde, ed in gran parte la lunga Relazione che accompagna le norme sul possesso, tende più a giustificare il sistema anche ora vigente che a illustrare le innovazioni compiute. Tuttavia qualcuna di tali modificazioni è veramente degna di rilievo e può suscitare interessanti discussioni. Così ad esempio merita di essere discussa l'abolizione della categoria del possesso legittimo, il nuovo concetto del possesso di buona fede, l'abolizione della presunzione del possesso a titolo di proprietà, il nuovo regime dell'acquisto del possesso di cose rubate o smarrite, e così via. Nel complesso però la disciplina proposta tiene fede ai principi generali che in tema di possesso, rappresentano il risultato di una lunga e ininterrotta tradizione, e si può dire che, a parte la possibilità di discussioni e di riserve, lo sforzo fatto dai compilatori per aggiornare quei principi merita la più grande attenzione.

Molto opportunamente il Progetto ha mantenuto fermo dopo una consapevole valutazione critica di altri sistemi, il principio fondamentale secondo il quale il possesso presuppone la coesistenza di un elemento materiale ed obiettivo (relazione di fatto con la cosa) e di un elemento intenzionale (*animus rem sibi habendi*). Però la stessa Relazione avverte che la esistenza dei due elementi costitutivi della situazione possessoria deve ricorrere nel momento in cui il possesso si acquista, ma non è ne-

cessario per la conservazione giuridica del possesso che i due elementi coesistano in ogni momento. Così si giustifica la norma secondo la quale il possesso non si perde per la cessazione provvisoria dell'elemento obbiettivo (arg. ex art. 552); e la norma per cui il possesso non si perde per la sopravvenuta infermità di mente del possessore o di chi possiede per lui o per la morte di quest'ultimo (art. 552 cpv.), ipotesi nelle quali vi è un difetto più o meno durevole dell'elemento subbiettivo. Queste constatazioni portano spontaneamente al rilievo che non è esatto includere nella definizione del possesso la menzione dell'elemento intenzionale, perchè altrimenti si sarebbe portati a ritenere che la permanenza di quell'elemento è condizione essenziale per la permanenza della situazione possessoria, il che invece sarebbe contraddetto da altre norme come quella sopra ricordata, e non contribuirebbe affatto alla linearità e alla chiarezza del sistema. L'art. 522 perciò, se deve ancora continuare a definire il possesso, va semplificato e ridotto alla qualifica del possesso come potere di fatto in modo corrispondente al diritto di proprietà o ad altro diritto reale, lasciando alla dottrina il compito, del resto assai facile, di desumere dal complesso delle norme quali siano gli elementi essenziali per l'acquisto di quel potere di fatto e per la sua conservazione.

Andrebbe invece radicalmente abolita la norma dell'art. 523 che contiene una nozione vuota e scolastica del compossesso, e alla quale fra l'altro non corrisponde nessun'altra norma che importi una disciplina autonoma di tale atteggiamento più complicato del fenomeno possessorio.

Il principio dell'art. 690 del codice che nega effetti al possesso avente per oggetto cose *extra commercium*, è passato con qualche variazione nell'art. 524 del Progetto il quale, ammettendo contro i privati l'azione di spoglio ed escludendola contro la Pubblica Amministrazione, negando l'azione di manutenzione a coloro che possiedono a titolo d'usufrutto, servitù ecc., risolve testualmente alcune questioni controverse.

Non riesce però facilmente comprensibile l'ultimo comma dell'art. 524 che tende a riconoscere al possesso dell'uso delle cose demaniali effetti giuridici tra privati. La Relazione spiega che la disposizione troverà applicazione specialmente nelle ipotesi di possesso immemorabile, nelle quali si può ravvisare una cessazione implicita della demanialità. Malgrado tale spiegazione non riusciamo a vedere come il riconoscimento di un'efficacia relativa, ossia nei rapporti tra privati, del possesso di diritti su beni demaniali, si possa conciliare con i principi accolti dal Progetto in tema di proprietà pubblica. Senza dire che ammettere la rilevanza giuridica di una situazione possessoria nei confronti di alcuni soggetti ed escluderla nei confronti della P.A. è piuttosto strano e forse anche contraddittorio con la nozione del possesso accolta dall'art. 522.

L'abolizione della presunzione, posta dall'art. 687 del codice, per cui il possessore era dispensato dal provare che egli possedeva a titolo di proprietà, sembra pienamente approvabile, essendo perfettamente razionale che al possessore incomba l'onere di provare il titolo del suo possesso. L'art. 526 rappresenta perciò un autentico progresso sulla corrispondente disposizione del codice.

Vanno fatte invece le più ampie riserve per quanto riguarda l'abolizione della categoria del possesso legittimo, che è invece, per il nostro codice, uno dei cardini della disciplina dell'istituto del possesso. E' vero che qualcuno dei caratteri che sono dal codice vigente ritenuti essenziali per la esistenza del possesso legittimo, è sostanzialmente implicito nella definizione del possesso (così la non equivocità), è vero che altri requisiti, come la continuità e la non interruzione, devono sempre essere ritenuti necessari per il possesso *ad usucapionem* (salva la limitazione di cui all'art. 589 del Progetto del resto corrispondente a quella contenuta nell'art. 2124 del codice) e comunque sono essenziali perchè si possa parlare di possesso, ma è pure vero che, attraverso

l'abolizione della categoria, il Progetto finisce col rendere idoneo a produrre la usucapione e a esser difeso con la manutenzione, anche il possesso violento e clandestino. Questi vizi dovrebbero invece impedire una siffatta efficacia del possesso; nè d'altra parte può dirsi che sia una sufficiente sanzione contro la violenza o la clandestinità del possesso la norma dell'art. 531 che esclude, nei confronti del possessore che ha subito la violenza o la clandestinità, ogni efficacia del possesso violento o clandestino. Tutt'al più con un certo sforzo si può convenire che, in relazione alla difesa possessoria, sia eccessivo considerare la violenza e la clandestinità come vizi assoluti del possesso, e che quindi sia più giusto ammettere a far valere questi vizi solo il possessore precedente vittima dello spoglio violento o clandestino, ma pare ancora più eccessivo ritenere idoneo a produrre l'usucapione un possesso violento o clandestino, specie se si tenga presente il sistema larghissimo seguito dal Progetto in tema di usucapione delle servitù, la riduzione del termine prescrizione e così via. Se pure non ad altri fini, la categoria del possesso legittimo dovrebbe ritornare come l'unica forma di possesso idonea a produrre l'usucapione. Infatti per il riconoscimento della tutela possessoria si può anche non indagare sul modo in cui si è acquistato il possesso, salvo che nei confronti del possessore precedente, ma per la possibilità dell'usucapione non si dovrebbe abbandonare il principio che la violenza e la clandestinità ne costituiscano fatti rigorosamente impeditivi.

In tema di acquisto del possesso l'art. 529 specifica chiaramente, per quanto il principio poteva sembrare evidente, che il possesso sorge quando vi sia la effettiva disponibilità della cosa, non essendo sufficiente neppure la volontà in tal senso del precedente possessore, ma pone un'eccezione, in verità solo apparente, per i titoli rappresentativi delle merci. A questo proposito va rilevata la poco esatta formulazione del capoverso dell'art. 529, il quale va inteso nel senso che l'effettivo possesso del do-

cumento rappresentativo equivale senz'altro alla materiale disponibilità della merce.

La successione nel possesso, di cui all'art. 532, è regolata in maniera identica a quella del codice, salva la innovazione assai opportuna contenuta nel secondo capoverso, che deroga al tradizionale principio che l'erede subentri automaticamente anche nello stato di buona o mala fede del suo dante causa.

Il principio fondamentale che per i beni mobili il possesso di buona fede vale titolo, è mantenuto nell'art. 533 del Progetto il quale continua a richiedere per il verificarsi della fattispecie acquisitiva le due condizioni dell'esistenza del titolo idoneo e della buona fede. Opportuno sembra il chiarimento dato nello stesso articolo che limita l'applicabilità della norma alle sole ipotesi di acquisto *a non domino*, escludendo così ogni altra ipotesi di vizio del titolo traslativo. Del pari indovinata è la collocazione in questo capo dell'art. 538, corrispondente all'art. 1126 del codice vigente, che è una pura e semplice applicazione del principio generale dell'art. 533. Meno opportuna sembra invece la norma dell'art. 535 la quale si risolve in una inutile e forse dannosa duplicazione dell'art. 529.

Fatto impeditivo dell'acquisto del diritto è per il Progetto la conoscenza da parte dell'acquirente della illegittima provenienza della cosa, conoscenza alla quale l'art. 543 parifica la colpa grave, determinata *a priori* coi criteri della legge penale in tema di incauto acquisto.

La portata del principio posto dall'art. 536 è generale, dato che il Progetto ne fa un'estensione anche all'ipotesi in cui l'acquirente ritenga di acquistare da un soggetto che, pur senza essere il proprietario, sia investito della facoltà di disporre (art. 537), e dato che scompare nel Progetto la eccezione che il codice vigente pone per le cose rubate o smarrite (art. 540). Bisogna però osservare che un sistema siffatto appare per un verso

troppo grave per l'acquirente e per un altro troppo grave per il proprietario vero.

Infatti non vi sono serie ragioni per escludere l'acquisto del diritto ogni volta che l'acquirente ritenga in buona fede che l'alienante abbia la facoltà di disporre. Si pensi ad es. al caso in cui il terzo acquirente ritenga di acquistare da un commissionario; perchè escludere in tale ipotesi l'efficacia del principio « possesso di buona fede vale titolo »? Le conseguenze pratiche di questa norma potrebbero essere gravi e l'attenuazione che il capoverso dell'art. 537 porta al principio formulato nel primo comma non è sufficiente a farne venir meno l'ingiustificato rigore. D'altra parte la soppressione dell'eccezione riguardante le cose smarrite e rubate, per quanto possa essere giustificata con plausibili ragioni, fa certamente una notevole impressione. Ripugna alla coscienza sociale che il derubato possa essere così facilmente spogliato del suo diritto sulla cosa. Tanto più che in definitiva il fondamento politico del riconoscimento degli acquisti *a non domino* sta nella diversa valutazione di due situazioni che in astratto sono egualmente meritevoli di protezione: la situazione del proprietario vero e quella dell'acquirente di buona fede. Ora se nel conflitto fra queste due situazioni debba essere sacrificato l'una piuttosto che l'altra, non è un problema di coerenza logica, ma un problema di pura opportunità politica. E non crediamo che sia opportuno sacrificare in ogni caso la situazione del proprietario vero, anche quando questi abbia dovuto subire la violenta lesione del suo diritto di proprietà.

Il sistema del codice vigente con le disposizioni degli artt. 708-709, è ispirato a criteri politicamente più opportuni di quelli seguiti dal Progetto.

Mentre per l'acquisto del diritto sulle cose mobili occorre non solo la esistenza della buona fede ma anche un titolo traslativo, invece agli altri effetti, di cui si occupano gli artt. 544-551, il Progetto pone un concetto più largo di possesso di buona

fedè, prescindendo cioè dal richiedere l'esistenza del titolo e facendo consistere la buona fedè in un puro elemento psicologico, ossia nell'ignoranza di ledere il diritto altrui (art 542). Ed in fondo la innovazione sembra opportuna.

TITOLO VIII

L'OCCUPAZIONE ED IL RITROVAMENTO

L'art. 561 sembra limitare tassativamente ai soli beni mobili la possibilità dell'occupazione come modo di acquisto della proprietà. Non è ben chiara però la ragione di tale espressa limitazione. Se è vero che assai raramente i beni immobili sono suscettibili di essere acquistati per occupazione, è pure vero che, ammettendo, in certi casi, la perdita della proprietà immobiliare per *abbandono*, non vi è nessuna ragione per negare in linea generale l'occupabilità di tali beni.

L'art. 566 avrebbe bisogno di alcune integrazioni e precisazioni: *a)* sarebbe opportuno precisare quando si possa parlare veramente di cosa smarrita; *b)* non sarebbe male designare qualche altra pubblica autorità (ad esempio l'autorità di P. S.) a cui la consegna possa essere fatta; *c)* invece della formula « al precedente proprietario o possessore » si dovrebbe usare una formula più lata e comprensiva che elimini l'art. 571 che costituisce una evidente stonatura; *d)* l'ultimo comma andrebbe abolito sia perchè assolutamente superfluo, sia perchè potrebbe sembrare una attenuazione dell'obbligo di consegnare la cosa al Podestà *senza ritardo*, sia infine perchè tecnicamente inesatto.

Inadatto e arcaico è il sistema di pubblicità stabilito dall'art. 567. Sarebbe invece molto opportuno sfruttare la pubblicità attraverso i giornali, per lo meno quando la cosa smarrita abbia un certo pregio.

Non sembra opportuna, nel regolamento che l'art. 572 dà

del tesoro, l'abolizione del requisito che la cosa mobile sia « di pregio ».

Gli artt. 573-575 potrebbero essere unificati in una sola generica disposizione.

TITOLO IX.

LA PRESCRIZIONE

Poichè la più grossa novità rispetto al sistema del codice, e cioè la riduzione dei termini prescrizionali, è pienamente approvabile, non vi sono su questo titolo notevoli osservazioni da fare.

L'art. 584 avrebbe potuto espressamente risolvere il problema, dibattuto in dottrina, se la prescrizione sia o meno sospesa nei rapporti fra le persone giuridiche e i loro rappresentanti.

L'art. 588 allude ad una prescrizione quinquennale relativa a beni mobili, che invece nel Progetto non esiste. Evidentemente si tratta di un errore materiale di redazione.

Bisognerebbe infine rivedere la forma di parecchie disposizioni di questo titolo.

INDICE

CESARE GRASSETTI

Osservazioni generali ai Titoli I e II	<i>pag.</i> 3
Osservazioni particolari ai Titoli I e II	8

MARIO PETRONCELLI

Delle cose di proprietà pubblica e di quelle di proprietà privata dello Stato e degli altri enti pubblici (artt. 11-17)	27
--	----

ROSARIO NICOLÒ

I diritti reali su cosa altrui (Titolo III):	
Capo I: L'usufrutto	49
Capo III: Le servitù prediali	66
Capo IV: L'enfiteusi	91
La trascrizione (Titolo V)	103
I privilegi e le ipoteche (Titolo VI)	108
Il possesso (Titolo VII)	126
L'occupazione ed il ritrovamento (Titolo VIII)	133
La prescrizione (Titolo IX)	135