

PROVINCIALE

BIBLIOTECA

Ente

D'Errico

3973

MATERA

TE. STIGLIANI

183/48

SUPPLEMENTO

AL TRATTATO

DELLE DONAZIONI, DE' TESTAMENTI,

E DI OGNI ALTRA DISPOSIZIONE A TITOLO GRATUITO
SECONDO I PRINCIPI DEL CODICE CIVILE

del Sig. Barone Grenier

VERSIONE ITALIANA

DEL SIG. FORTUNATO CAFARO

Con aggiunta di note intorno alle disposizioni delle Leggi civili
ed alla Giurisprudenza del Regno delle due Sicilie.



N A P O L I
DA TORCHI DEL TRAMATER
1831.

Nel 1827 il Barone Grenier ha renduto di pubblica ragione una terza edizione del suo trattato delle donazioni, dei testamenti, e di ogni altra disposizione a titolo gratuito. In questa novella edizione l'autore ha arricchito il suo dotto lavoro di molte interessanti osservazioni, e di sviluppi novelli su la complicata ed estesa materia che ne forma il soggetto. Ed in sì fatta circostanza egli ha pur voluto provvedere, perchè dei miglioramenti portati al suo trattato profittassero anche coloro i quali ne possedessero la seconda edizione, senza obbligarli a spesa novella. A tal uopo egli ha pubblicato, in volume separato, un supplimento alla seconda edizione. Persuasi della utilità delle aggiunzioni fatte dall'autore al suo primo lavoro, crediamo far cosa grata ai cultori della scienza del diritto pubblicandone la versione, da servire di appendice alla prima edizione della versione italiana del trattato del nostro autore, la quale vide la luce nel 1824 per le cure dello stesso traduttore su la seconda edizione originale.

MONITO DELL'AUTORE

Su la terza edizione del Trattato delle donazioni, ed osservazioni su la legge del 17 maggio 1826 riguardanti le sostituzioni.

La prima edizione di questo trattato vide la luce nel 1807, e la seconda nel 1812. Esaurita quest'ultima interamente nel 1823, per cedere alle molte inchieste del pubblico, ne intraprendo la terza.

I progressi della giurisprudenza dopo il 1812 han portato la necessità di farvi interessanti addizioni: ho avuto cura di esporle con laconismo, per non moltiplicarle senza utilità. Ho indicato le decisioni che han confermato i principj esposti e le mie opinioni: ho modificato alcune di queste secondo la giurisprudenza che si è stabilita. Ho in fine trattato nuove quistioni promosse. Il favore con che il pubblico ha accolto le precedenti edizioni mi compensa delle fatiche durate in questo lavoro novello: e voglio augurarmi che riuscirà più utile ancora pei miglioramenti che racchiude.

Nel momento in cui fu pubblicata la nuova legge su le sostituzioni era al termine la stampa del primo volume. Taluno potrebbe credere che per tale circostanza non vi si contenessero gli opportuni sviluppi. Ma pur non è così: e per convincersene basterà porre mente alle differenze tra la nuova legge e le disposizioni del codice riguardanti le sostituzioni; differenze che riduconsi a tre:

1.º Il codice civile cogli art. 1048 1049 (1003 1004) limitava la facoltà di disporre col peso di restituire ai genitori ed ai fratelli e sorelle. La legge nuova ha renduta generale questa facoltà, avendola accordata ad ogni cittadino senza distinzione alcuna. « I beni » (son parole della legge) di cui gli art. 913, 915 e » 916 del codice civile (829, 831, 832) permettono di » sporre, potranno esser donati tutti o parte ec. ec » Gli articoli del codice civile sono in generale applicabili in-

distintamente a tutte le persone capaci di disporre: e questa facoltà è soltanto più o meno estesa, secondo che i beni sono gravati, o sono liberi delle riserve in favore degli eredi del disponente.

2.° Il codice civile prescriveva che il peso di restituire fosse stipolato in favore *di tutti i figli nati o da nascere dal gravato*, senza distinzione o preferenza nè di età nè di sesso; art. 1050 (1006). La nuova legge permette chiamare alla sostituzione *uno o più figli del donatario nati o da nascere*.

3.° Il codice civile limitava la facoltà di sostituire al solo primo grado: la legge novella la estende fino al secondo grado inclusivamente.

Così fatte differenze, meramente accessorie, non alterano in alcun modo la sostanza: per lo che, astrazione fatta dall'art. 896 (942) del codice, non più in vigore, la dottrina insegnata resta ferma relativamente alle sostituzioni permesse dalla nuova legge: ed ove questa avesse preceduto la stampa del primo volume, non avrei potuto dispensarmi dall'espore la stessa dottrina.

Prego il lettore a riflettere che ho trattato delle sostituzioni in una parte staccata dal resto dell'opera, cioè nelle *Osservazioni preliminari* sotto la rubrica: *Quali modi di disporre si sono conservati nel codice civile, e quali sono rimasti aboliti*, alle pagine 169 e seg. in continuazione del Discorso storico. Questa parte dell'opera era, secondo il mio intendimento, tanto staccata dal trattato, che ne distinsi la numerazione dei paragrafi con cifre romane, mentre la numerazione del rimanente dell'opera è segnata con cifre arabe.

Ivi dissi in prima che l'abolizione della sostituzione fedecommissaria è conseguenza dell'articolo 896 del codice (942.) Quindi soggiunsi che non solo la sostituzione, ma la disposizione principale ancora avrebbe avuta la medesima sorte. Tutto ciò, come di leggieri si ravvisa, dovea sapersi prima della nuova legge, e debb'esserlo anche ora (a).

Ciò cui è interessante di porre mente è la osser-

(a) Si veggano le note al Vol. I. par. I. pag. 172 e 173.

vazione presentata nel numero IX, cioè di badare a non confondere colle disposizioni contenenti sostituzioni fedecommissarie, le altre che racchiudessero solo delle condizioni estranee al fedecommissario; e ciò ad oggetto di non colpire di nullità tutte queste disposizioni. Il divieto debb'essere applicato con esattezza, e sempre restrittivamente, anzichè estensivamente.

E su tal proposito, abbiamo esposto, nel maggior lume possibile i principj, che debbono far discernere che quello debbe sussistere perchè non affetto da vizio di sostituzione, da quello che abbia tal vizio, e che è colpito di nullità, giusta l'art. 896 del codice civile (942). La materia è interessante, ed ha delle regole la cui applicazione è difficile e delicata. È questo lo scopo della parte dell'opera testè cennata, sotto il titolo di *Osservazioni preliminari*, le quali sono contenute in poche pagine ed in pochi numeri.

Or questo lavoro non è ora meno utile che per lo innanzi. Quantunque la legge ammetta in generale la libertà delle sostituzioni, non è perciò che non più si disputerà, se una disposizione abbia oppur no i caratteri di una sostituzione. Una sola è la differenza, cioè, che secondo l'articolo 896 del codice (942) la disposizione sarebbe stata tutta nulla; e, secondo i principj della nuova legge, la disposizione, non ostante tal carattere, avrebbe il suo effetto: lo scopo della legge è di sostenerla (a).

Sorgerà del pari anche ora la quistione tra quegli che sostenesse di essere chiamato a raccogliere una pretesa sostituzione, ed il contemplato direttamente nella disposizione. Se questa non contenga una sostituzione, dessa avrà sempre il suo effetto unicamente in favore di chi fosse erede o donatario diretto, e chesenza fondamento si pretendesse gravato del peso di restituire. I principj dunque che debbono servire di guida per discernere se vi sia, oppur no, sostituzione, non hanno sofferta

(a) Secondo le nostre Leggi civili, una disposizione che contenga sostituzione vietata non vizia interamente l'atto, ma soltanto la parte di esso che comprende la sostituzione.

alterazione alcuna. Diviene quindi sempre indispensabile lo stesso sviluppo della dottrina, per conoscerne le regole: e quando la legge su le sostituzioni fosse stata pubblicata anteriormente della stampa del primo volume, egli è evidente che non avrei potuto dispensarmi dal ripetere tutto quello già detto.

Qualora la legge nuova avesse stabilito i mezzi di esecuzione diversamente dal codice civile, sarei stato allora costretto farvi dei cambiamenti. Ma intorno a ciò non differisce il codice dalla legge novella. In questa si prescrive « saranno osservate per l'esecuzione della » presente disposizione (la quale si riporta a tutti i » casi ed i modi delle sostituzioni) gli articoli 1051 » e seguenti del codice civile, fino all'articolo 1074 inclusivamente ». Ed appunto il senso e gli effetti delle disposizioni di questi articoli trovansi esposti nella sez. 1. del cap. 1. della 3.^a parte del trattato compresa nel primo volume (a). Ivi conveniva trattare dei casi in cui il codice civile permetteva di sostituire, e me ne sono occupato, discutendo accuratamente le difficoltà di cui quegli articoli fossero suscettibili.

Non vi erano quindi cambiamenti a fare in questa parte. È facile il ravvisare che i mezzi di esecuzione sono gli stessi, qualunque sia il numero dei figli chiamati alla sostituzione: e sotto questo punto di vista è indifferente se lo sieno tutti o parte di essi. Questi mezzi di esecuzione neppur variano, tanto se la sostituzione finisca al primo grado, quanto se discenda al secondo. Non altrimenti ha divisato il legislatore, poichè egli ha ordinato, senza eccezione o modificazione, di osservarsi le regole di esecuzione fissate dal codice civile.

Quindi mi sono dispensato da un lavoro affatto inutile su quello che era già fatto, e che si adatta perfettamente alla nuova legge. Confesso però ingenuamente che nel momento dell'annuncio della pubblicazione della nuova legge la prima parte del suddetto trattato, contenente la esposizione del modo di esecuzione, non

era ancora sotto il torchio, e che non pertanto ne disposi la continuazione: io il feci perchè mi convinsi che adottata, come lo fu, la legge nuova, questa parte del trattato non dovea subire cambiamenti.

E quando anche sorgesse la necessità di alcuna particolare osservazione su la esecuzione della nuova legge, lo che non sembra; a rendere compiuto questo trattato, la presenterei, sotto la forma di un'appendice nel secondo volume già sotto al torchio (in maggio 1826); e la tavola generale della materie in fine dello stesso volume, come nelle edizioni precedenti, indicherebbe al lettore queste osservazioni. Ma fin qui non pare che possa esservi necessità di tale appendice.

Giova qui riportare il testo intero della nuova legge

CARLO per la grazia di Dio Re di Francia e di Navarra, ai presenti e futuri salute.

« Noi abbiamo proposto, le camere hanno adottato, e noi abbiamo ordinato ed ordiniamo quanto segue.

ART. *Unico.* I beni di cui gli art. 913, 915, 916 del codice civile permettono disporre, potranno essere donati tutti o parte con atto tra vivi o di ultima volontà, col peso di restituire ad uno o più figli del donatario nati o da nascere, fino al secondo grado inclusivamente. »

« Saranno osservate per l'esecuzione della presente disposizione gli articoli 1051 e seguenti (1008) fino al 1074 (1031) inclusivamente del codice civile. »

(a) Il capitolo che cita l'autore trovasi nel vol. II. Par. II. pag. 8 della nostra versione.

DISCORSO STORICO

Addizione al discorso storico V. I. P. I. pag. 6. in principio.

Malgrado la opinione di Furgole e di altri autori i quali han sostenuto essere il testamento un atto di diritto delle genti, al pari della donazione, sol perchè entrambi traevano la origine loro dal diritto di proprietà, non può farsi a meno di rimarcare una circostanza su cui si può fondare una differenza. Come abbiamo già detto, colui il quale fa una donazione tra vivi dà quel che gli appartiene; egli può donare egualmente che potrebbe vendere: ma quegli il quale testa, dispone di ciò che cessa di esser suo nel momento in cui muore, e che da quel medesimo istante sembra appartenere a' suoi eredi. La trasmissione dei beni in forza di un testamento il quale comincia ad essere efficace soltanto nel tempo della morte, può dunque essere considerata come un'azione della legge civile basata su la volontà del testatore che la legge stessa conferma. Quindi tutto indica che Montesquieu facendo dipendere da regolamento formato dalla società e quindi dalle leggi politiche o civili, *la divisione dei beni, le leggi intorno a tale divisione, le successioni in conseguenza di tale divisione*, ha inteso comprendervi anche i testamenti. Tutto ciò era della medesima natura, e dipendeva dai medesimi

principj. La successione testamentaria ha potuto esser regolata dalla società del pari che la successione intestata; la società ha potuto confermare, o modificare il testamento, egualmente che ha potuto regolare la divisione delle successioni.

In fine, quel che sembra decisivo in sostegno della nostra opinione, è la circostanza che prima del codice civile gli esteri in Francia potevano donare e ricevere con atto tra vivi, mentre erano incapaci di succedere, di testare, e di ricevere per testamento. La ragione di tale differenza, secondo Ricard e Pothier era, che la capacità di donare e di acquistare per donazione tra vivi veniva dal dritto delle genti, mentre quella di succedere, di testare, e di ricevere per testamento emanava dal diritto civile. Intorno a ciò veggasi quanto esporremo nella sezione II^a del presente discorso storico § 3. La modificazione apportata su la capacità degli esteri, dall' essersi introdotta nella nostra nuova legislazione il sistema di reciprocazione, secondo che i francesi sono più o meno favoriti, circa la capacità di ricevere le disposizioni gratuite, dalle leggi degli altri stati, non cancella le tracce del diritto, da cui bisogna trarre la origine della donazione tra vivi e quella del testamento.

Addizione alla nota 2.ª V. I. P. I. pag. 29 sul valore degli antichi Soldi.

I Non si sarà forse indifferente a vedere che abbiamo spinto più oltre le nostre ricerche su tal soggetto.

Secondo le più esatte valutazioni moderne fatte dal Sig. Letronne, membro dell' Istituto, il *solidus* valeva sotto gli imperadori Galba, Domiziano ec., 17 fr. e 79. cent. della moneta

attuale. Quindi i 500 *solidi* importavano 8895 fr. Alessandro Adam rettore dell' università di Edimburgo valuta il *solidus* per fr. 19: 75. Veramente questo era il suo valore sotto Augusto, ma sotto gli altri imperadori diminuì di valore.

Addizione alla nota 2. V. I. P. I. pag. 33. su gli effetti della morte civile.

Non pertanto dobbiamo far osservare che oltre la deportazione vi era la relegazione, la quale era una specie di esilio, che produceva soltanto l' allontanamento dalla patria, senza perdita de' diritti civili. Cotesto esilio che chiamavasi *relegatio in insulam* non doveva, secondo Cicerone *pro Caecina*, riguardarsi come supplizio. Quindi dobbiamo tenere per fermo esser la deportazione diversa dalla relegazione. Dessa era sì mite che facilmente, al dire di Richer, *trattato della morte civile*, pag. 22. e seg., potevasi benissimo scambiarsi. Poichè questi sono de' punti di antichità più curiosi che utili, ci limitiamo alle nozioni generali già esposte, rimettendoci a quanto lo stesso autore ha detto su tal soggetto. Si trovano anche delle cose degne di osservazione su tale materia in Ottomano *Comentarius juris verborum*, sotto le parole *deportatio et exilium*.

OSSERVAZIONI PRELIMINARI.

Addizione al n.º VII. Vol. I. P. I. (Nuove Riflessioni sull' effetto della sostituzione de eo quod supererit).

VII. bis. Crediamo utile di fare altre osservazioni su questa specie di disposizione, specialmente per non essersi ancora determinato dalla giurisprudenza l' effetto che la medesima dee

avere. La validità di cotesta disposizione è stata discussa da Toullier, *Dritto civile francese*, delle *Donazioni e dei testamenti* n.º 58 e 39; e da Rolland de Villargues nel trattato delle sostituzioni vietate, n.º 232 e seg. Dopo aver riflettuto su le ragioni addotte rispettivamente da questi due autori, non troviamo ragioni sufficienti per non dar effetto alla donazione fatta col peso di restituire i beni che rimarranno esistenti in morte del donatario: *id quod supererit*.

Perchè ravvisare in una disposizione di tal natura una delle sostituzioni vietate dall'articolo 896 (942) del Codice civile? Sempre che la disposizione non grava l'erede, che secondo il Toullier può dirsi il *fiduciario*, di restituire i beni al terzo chiamato, sempre che rimane in libertà del fiduciario di lasciare o di non lasciare i beni al terzo, non vi si può ravvisare una sostituzione vietata. Non bisogna perdere di vista che il vero carattere della sostituzione vietata, è l'obbligo imposto di conservare e di restituire; avvegnachè manchi cotesto carattere, non esiste sostituzione. Cosa mai racchiude implicitamente, ed in ultima analisi, la soggetta disposizione? Una donazione sotto condizione meramente eventuale, la quale consiste nel far passare al chiamato quello che lascerà il fiduciario, cioè quello che costui non avrà alienato. Qualora questi non lascia cosa alcuna, la disposizione in favore del chiamato rimane nulla, o per dir meglio risolta, perchè non si verifica la condizione sotto cui era stata fatta.

Or la disposizione fatta sotto una condizione meramente eventuale non è certamente una sostituzione, come più volte abbiamo fatto os-

servare. Le disposizioni di cotesto genere sono state sempre ammesse, senza assimilarle nè alla donazione propriamente detta, la quale debb'essere accompagnata dallo spoglio assoluto, nè alla sostituzione. Bisogna non esser facile a dare una interpretazione che produrrebbe la nullità di una disposizione, contro la idea del disponente; allorchè si può, come nella soggetta specie, interpretarla in modo che abbia effetto. Anzi aggiungiamo, esser sufficiente che si fatta disposizione sia in uso in alcune province, e specialmente in Bretagna, secondo che lo attesta Toullier, ove anche è favorita dai costumi e dalle abitudini, e vi è sostenuta, purchè non sia dalla legge vietata, nè direttamente, nè indirettamente. E forza sempre presumere che il legislatore divisi di uniformarsi agli interessi, ed anche alle inclinazioni dei popoli pei quali fa le leggi, allorchè i loro usi non sono contrarj a tali leggi, quante volte non può dimostrarsi che abbia divisato di distruggerli.

La circostanza che le leggi romane da noi riportate la risguardavano come una sostituzione ha forse potuto trarre in errore su la natura e l'effetto di sì fatta disposizione. Ma è da notare che i legislatori romani le ne avevano attribuito il carattere e gli effetti, anche quando la disposizione non avesse contenuto una vera sostituzione, ossia un fedecompresso obbligatorio. Essi limitarono la facoltà di alienare accordata al fiduciario, e vollero assolutamente che la disposizione valesse come obbligazione di conservare e di restituire tutto o parte al chiamato: anzi pare che essi opinassero non potersi altrimenti sostenere. Quindi molte norme che erano conseguenza di tali idee, e regolamenti, erano fondate necessariamente su

i principj delle sostituzioni: nè ciò dee far maraviglia, avuto riguardo al genio particolare dei Romani pei fedecommissi e per le sostituzioni. Antiche usanze li avevano familiarizzati a coteste specie di disposizioni, per essi diventate comode ed utili; e malgrado l'abolizione delle usanze, ne restò la inclinazione che si era formata.

Sotto l'attuale nostra legislazione la cosa è ben altra. Non trattasi di limitare la facoltà del fiduciario, nè di obbligarlo a lasciare al chiamato tutto o parte: se egli è vero, come non può rinvocarsi in dubbio, che la soggetta disposizione non offre peso di conservare per restituire, e che quindi non sia una sostituzione vietata dal codice, non può contrastarsene l'effetto. Il diritto del terzo chiamato è fondato su la disposizione, ma, come abbiamo fatto osservare, cotesta disposizione non offre alcuna irregolarità, allorchè si fa dipendere da una condizione puramente eventuale, non vietata da alcuna legge. Sarebbe anche indifferente di considerare la disposizione come un fedecommissio, perciocchè vi sarebbe un fedecommissio semplice, che dovrebbe esser eseguito quando non vi fosse incapacità nel terzo chiamato. Non ogni fedecommissio è una sostituzione propriamente detta.

Ma se il fiduciario può alienare illimitatamente con atto tra vivi, può mai disporre con testamento? Toullier dice che tale quistione è stata variamente decisa; che la corte reale di Rennes con due arresti, uno del 1808, l'altro del 1818 ha deciso per l'affermativa. Toullier il quale, come egli stesso dice, aveva per più tempo inclinato alla negativa, opina definitivamente, n.º 39, esser questa una quistione lasciata alla prudenza

del magistrato, perciocchè dessa dipende unicamente dalla volontà del testatore o del donante. Il testatore, egli soggiunge, poteva certamente autorizzare il fiduciario a disporre dei beni con testamento: lo ha voluto, o non lo ha voluto? se non lo ha espresso, la soluzione dee trarsi dalla interpretazione dell'atto; e comunque si decida la quistione, è difficile che la decisione possa dar adito al ricorso per annullamento.

Sembra che così fatta disposizione non si opponga ad alcun principio. La libertà in cui la disposizione lascia il fiduciario di trasmettere al chiamato quello di cui non avrà disposto, sia per vendita, sia per donazione tra vivi, sia per testamento, presenta sempre una trasmissione subordinata ad una condizione meramente eventuale: in niuno di tai casi trovasi una necessità di conservare e di restituire, ma tutto dipende dalla volontà del fiduciario: quindi non può ravvisarvisi una sostituzione vietata.

Del caso in cui il fiduciario fosse autorizzato a vendere
in caso di bisogno.

VII ter. Cosa dovrebbe dirsi, se l'autore della disposizione avesse gravato l'erede o il fiduciario di trasmettere i suoi beni ad un terzo dopo la sua morte, con la stipulazione che l'erede fosse autorizzato a vendere o ad obbligare i beni *in caso di bisogno*? Sì fatta quistione è preveduta da Rolland de Villargues.

Noi opiniamo che in sì fatta disposizione potrebbe incontrarsi una sostituzione vietata: nel soggetto caso la facoltà di alienare è limitata, e da tale limitazione sorge la necessità di lasciare al

chiamato quel che non fosse stato necessario di alienare pei bisogni del fiduciario. Questa limitazione porta seco la necessità di conservare e di restituire se non tutto, almeno parte dei beni donati; perciocchè la sola libertà assoluta del fiduciario di lasciare o non lasciare al terzo chiamato, esclude la idea del peso di conservare e di restituire, ossia della vera sostituzione. D'altronde in qual modo potrebbe determinarsi di che il fiduciario potrebbe aver bisogno di alienare? In tal modo si aprirebbe il campo alle difficoltà ed alle incertezze. E ben riflettendo sul proposto caso, si rimarrebbe sempre più convinto, che il fiduciario dovrebbe indispensabilmente conservare e trasmettere quel che resterebbe dopo soddisfatti i suoi bisogni. S'incontrerebbe quindi nello spirito delle leggi romane, che caratterizzavano la disposizione in esame come una vera sostituzione; ed attribuendole tale caratteristica nella nostra legislazione troverebbe la opposizione dell'art.° 896 (941) del Codice civile.

(*Addizione sul secondo esempio Vol. I. P. I. pag. 201.
dopo il verso 6.)*

Quantunque abbiain riputato nostro debito di consigliare coteste misure di prudenza, crediamo nondimeno dover persistere nella opinione che abbiamo emessa su questo *secondo esempio*, perchè ci sembra ben fondata.

Non pertanto Toullier ha creduto dover seguire una opinione contraria (*nel trattato delle donazioni n.° 47*); ma dopo aver esaminata di nuovo la quistione non possiamo abbandonare la opinione da noi emessa. Ed in vero il ragionamento di Toul-

lier, consiste nel dire che la clausola in esame non racchiude una sostituzione mascherata, perciocchè essa *non imponeva ai figli, che neppure erano sostituiti, il peso di conservare durante la loro vita, e di restituire in morte*. Egli va più oltre: *la disposizione, egli dice, poteva ridursi al peso di restituire quel che rimaneva in morte de' figli, SI QUID SUPERERIT, disposizione che non è vietata*. Conchiude col medesimo paragone: *come mai può supplirsi l'ordine di conservare in una disposizione in cui non esiste neppure la preghiera, e che può bene intendersi DEL DONO CONDIZIONALE SE I BENI ESISTONO, SE I FIGLI NON NE HANNO DISPOSTO*.

Trattasi di esaminare se l'erede del sangue, che la legge investe dei beni, sia o no obbligato dalla volontà del defunto di conservarli e di restituirli per effetto della donazione dei medesimi beni fatta da costui ad un terzo, qualora questi sopravviva all'erede. E su ciò l'affermativa sembra evidente. L'erede del sangue è gravato di conservare per restituire: egli è vero che per esservi sostituzione, bisogna che tal peso esista, ma è pur certo non essere indispensabile che questo peso sia espressamente stipulato; basta che la clausola contenente la disposizione non possa altrimenti eseguirsi se non come sostituzione, e che ne abbia tutti gli effetti, per modo che sarebbe indifferente se si fosse mascherato in apparenza con un giro di parole il cui unico scopo fosse di eludere la legge. Cotesti mezzi non mai possono rendere illusoria ed impotente la legge.

E per confutare questo argomento che sembra insuscettibile di risposta, cosa mai fa il

Toullier? Egli suppone che, a malgrado la donazione fatta al terzo, l'erede del sangue possa alienare, vivente il terzo medesimo, e rendere inefficace in tal modo la disposizione: e da tale facoltà di alienare che avrebbe l'erede del sangue il Toullier trae la conseguenza, che la disposizione in esame si riduce al peso di restituire quel che rimarrebbe in morte dei figli; egli non vi ravvisa di donato al terzo, se non quello che ai figli piacerà di non alienare, *si quid supererit*.

Ma se cotesta facoltà di alienare non esiste in pregiudizio del terzo chiamato a raccogliere i beni dopo la morte de' figli o di altri eredi del sangue, allora la opinione di Toullier non può reggere; e quindi la sola opinione fondata è quella da noi adottata, e dalla quale essendosi allontanato il Toullier, egli, per sostenere la sua opinione, è stato nella necessità di cangiare lo stato della quistione.

Ci sorprende di veder mettere in campo questa facoltà di alienare per parte dei figli o degli eredi del sangue, vivente il terzo al quale dovrebbero passare i beni se loro sopravvivesse. Nella soggetta ipotesi la proprietà dei beni è oppur no donata al terzo? L'affermativa di questa proposizione non può incontrare menomo dubbio: è tanto importante nella presente discussione il determinare ciò e tanto influisce sulla decisione, che sembra che Toullier avrebbe dovuto esaminarlo e discuterlo. Egli però si è contentato di supporre che la disposizione cadeva soltanto su i beni che resteranno in potere dell'erede del sangue, figlio o altro, all'epoca della di lui morte, vivente il terzo chiamato. Non mai però potrà sostenersi con qualche fondamento che il

dono assoluto ed indiffinito della proprietà sia lo stesso che il dono di ciò che resterà dedotto quello che avrà alienato l'erede del sangue. Per ridurre in tal modo la disposizione, bisognerebbe che ciò risultasse positivamente dalle parole della disposizione, sarebbe necessario che fosse in tal modo concepita; senza di che si sostituirebbe una disposizione ad un'altra, e si supporrebbe nel disponente una volontà diversa dalla sua; ma ciò non può reggere.

Toullier dà ad intendere, se nol dice positivamente, che sotto questo rapporto fu considerata la soggetta quistione nelle ultime sentenze del senescalcato di *Riom* e di *Moulins*, che furono contrarie ad altre più antiche, sempre su la stessa quistione. Dopo aver detto « La disposizione poteva quindi ridursi al peso di restituire » ciò che rimaneva in morte dei figli *si quid supererit*, soggiunge » In tal modo la posteriore » giureprudenza interpretava tali specie di disposizioni sotto le costumanze di *Alvergne* e del » *Borbone*, come l'attestano Chabrol su la costumanza di *Alvergne* pag. 128 e 129. ed *Aron* des Pommiers su l'art.° 324 n.° 19 della » costumanza del *Borbone* ».

Così fatta interpretazione non sorge affatto da quel che dicono i detti autori, per sostenere la soluzione che sembra aver essi seguita in mezzo alle diverse opinioni in quei tempi esistevano: eglino neppur pensarono alla sostituzione *de eo quod supererit*, ignota in *Alvergne*, e nel *Borbone*, e che usavasi appena in pochissime province del regno, fra le quali sembra essere quella di *Bretagna*. Chabrol diceva semplicemente, che la ragione delle sentenze che ave-

vano deciso nel senso suo era che « il figlio » non era stato nè gravato di trasmettere, nè tam- » poco istituito; che trattavasi di un legato condi- » zionale che la costumanza non vietava, e che ve- » rificatasi la condizione il legato era divenuto pu- » ro e semplice ». Or si ravvisa chiaramente che l'autore si atteneva sempre nel suo sistema della validità delle disposizioni semplicemente condizionali, senza pensare alla sostituzione *de eo quod supererit*; e lo stesso autore dopo le parole testè riportate, cita una recente sentenza che aveva deciso il contrario. Auroux des Pommiers presenta la decisione sotto la veduta della medesima ragione, che la disposizione era meramente condizionale, e non racchiudeva una sostituzione; che è appunto quello che forma il soggetto del nostro esame, e per lo quale ci sembra impossibile di sostenere quella proposizione, senza ledere le regole della logica e del diritto. Inoltre, lo stesso autore nel continuare la discussione, in cui invoca il parere di alcuni avvocati di Parigi, emesso in talune consultazioni che mette in opposizione con quello di altri avvocati del *Borbonese* e di *Alvergnia* si mostra anche meno concludente. Da tali consultazioni si raccolgono le ragioni relative ad altre quistioni estranee assolutamente a quella su cui versiamo; si dice in esse, per esempio, che la soggetta disposizione era valida, perchè non doveva considerarsi come sostituzione, ma come un legato fatto a tempo, che poteva farsi per testamento soltanto, *tanquam simplex legatum in diem*, e si soggiungeva che il diritto civile (cioè il diritto romano) permetteva cotesta disposizione, *quod dies adjecta videtur conformiter juri*

civili. E si potrebbe mai sostenersi seriamente la esattezza di un tal ragionamento, ed ammetter sì fatto paragone?

Anche Rolland de Villargues nel suo trattato delle *sostituzioni vietate* n.º 87 pag. 131 e seg., ha creduto dover seguire la nostra opinione e sostenerla con molte riflessioni egualmente decisive. Si osservi, egli dice, che nella soggetta specie la proprietà dei beni è attribuita ai figli durante tutta la loro vita, dal che, soggiunge, risulta la incertezza della proprietà per lungo tempo, ed in realtà un ordine successivo, che costituisce il carattere distintivo della esistenza di una sostituzione vietata. L'autore dimostra che Toullier per sostenere la sua opinione è forzato a cangiar lo stato della quistione, e che non sia da seguirsi la di lui idea, di doversi ridurre la disposizione in esame al peso di restituire quel che si trovi di avanzo in morte dei figli: *si quid supererit*. Per abbreviare me ne riporto al passo dell'autore (1).

Rolland de Villargues, nel n.º 88, fa rilevare una importante differenza « Nonpertanto, egli dice, converrebbe allontanarsi dalla opinione che abbiamo emessa (che è anche la nostra), qualora la condizione che fa dipendere il legato dalla *sopravvivenza* del legatario ai figli od eredi legittimi del testatore si trovasse modificata relativamente alla età in cui cotesti eredi verrebbero a morire; come se si fosse detto » *Lego a Paolo*

(1) È veramente pregevole ed utile l'opera di Rolland de Villargues. Egli ha con cura e con sagacità rara discusso le quistioni spinose che l'art.º 896 (940) del Codice civile, che è il più importante, ha fatto nascere nella nostra legislazione. Non dee quindi recar maraviglia se tale opera è stata con premura ricercata fin da che fu pubblicata.

se i miei figli muojano *nella minorità* « L' autore si esprime, su tale differenza, nel seguente modo » Quantunque Paolo sia chiamato nel solo caso che sopravviva ai figli del testatore, pure noi non crediamo che le ragioni, per le quali nella precedente specie ci han determinato a decidere che la disposizione racchiudea una sostituzione mascherata, sieno qui applicabili interamente. Ed in vero, non si ravvisa nella clausola quella lunga incertezza della proprietà che forma uno degli essenziali caratteri di una sostituzione vietata. Cotesta clausola presenta gli effetti ordinarij di un legato condizionale: quindi non vi è necessità di ravvisarvi una sostituzione, ma esso per contrario, dee valere, come legato condizionale.

Non possiamo se non che approvare cotesta modificazione, la quale, come osserva lo stesso autore nel n.º 96, conferma la opinione da noi emessa nel precedente esempio, diversa da quella che abbiamo adottato su l'attuale questione: la diversità delle specie doveva produrre la diversità delle opinioni.

Può anche riscontrarsi quel che Rolland de Villargues dice nei numeri seguenti su di altre quistioni che ad un di presso presentano le medesime difficoltà, e che egli decide con chiarezza ed a piè fermo: i principj con cui risolve la maggior parte di tali quistioni sono sviluppati in tutta la loro luce nei numeri 24, 25, 26, 27, 28, e 38.

Finalmente un arresto della Corte di cassazione del 3 novembre 1824, sezione dei ricorsi, che ha rigettato il ricorso contro una decisione della Corte reale di Metz, ha deciso nel senso della nostra opinione; e secondo i motivi della de-

cisione della Corte reale di Metz confermato internamente: sorge da essa che la modificazione presentata da Rolland de Villargues sia giustissima.

Nella specie di tale arresto riportato da Dalloz, vol. del 1824 pag. 390, il sig. *de Schlaienenort*, privo di discendenti, dopo aver disposto, con testamento del 29 marzo 1814, di dodici ventesimi dei suoi beni, degli altri otto ventesimi dispose nei seguenti termini: » dono a mia sorella *Apollonia Georges* otto ventesimi, e se mia sorella *Apollonia Georges* muoja pria di me, o muoja senza figli, gli otto ventesimi che le dono apparterranno, cioè quattro ventesimi a mia nipote *Giovanna Bertaux*, e morendo costei a di lei figli; e quattro ventesimi a mio fratello *Antonio Georges*, ed in caso di morte ai suoi figli.»

Cotesta disposizione in favore di *Apollonia Georges* fu impugnata come contenente una sostituzione vietata: ed in fatti il testamento fu annullato per questo motivo, con sentenza del 19 marzo 1822. E giova riportarne i motivi, poichè la decisione fu semplicemente confermata dalla Corte di cassazione.

» Atteso che la clausola in esame è chiara e precisa, e non ha bisogno d'interpretazione. Il testatore dona ad *Apollonia Georges* otto ventesimi della successione, quindi prevede due casi, quello cioè della di lei premorienza, e l'altro della di lei morte senza figli, ed in ambi tali casi vuole che gli otto ventesimi appartengano per metà alla nipota *Giovanna Bertaux* ed al di lui fratello *Antonio Georges* o ai loro figli. Atteso che il secondo caso è enunciato in termini generali ed indefiniti, *senza distinzione di epoca della morte della legataria*, il testatore quindi

ha voluto che morendo senza figli, *in qualunque modo e tempo* gli otto ventesimi legati appartenessero ai sostituiti. Quindi è evidente che egli ha donato, verificandosene il caso, *agli eredi della legataria*; che costui è necessariamente gravata di *conservare e restituire*, conseguentemente che la disposizione è contraria alla legge. Atteso inoltre, che se per la intelligenza della clausola fosse necessario di indagare la mente del testatore, l'insieme del testamento la dimostra chiara. Basta leggerlo per rimaner convinto che egli ha divisato di escludere assolutamente una porzione dei suoi parenti, e di gratificare gli altri.

Nel ricorso per cassazione si assumeva che, per esser dichiarato nullo un legato pel motivo che contenga un fedecommesso, bisogna che sia viziato dal peso *di conservare e di restituire*; circostanza che non concorreva nella specie. Si pretendeva che le parole, *in caso che Apollonia Georges morisse senza figli* doveano intendersi nel senso che *Apollonia morisse senza figli pria del testatore* (con che si dava tale estensione alla disposizione od alla condizione che la snaturava), e se ne voleva trarre che il testamento conteneva una sostituzione diretta. Ma tutti cotesti mezzi che erano tante sottigliezze furono rigettate dalla Corte di cassazione « Atteso che annullando la disposizione del testamento olografo del signor *di Schlainenort* del 29 marzo 1815, che formava il soggetto del litigio, come contenente una sostituzione fedecommissaria vietata dall'art. 896 del codice (941), ed ordinando quindi la divisione degli otto ventesimi della successione del testatore tra gli eredi *ab intestato* che vi avevano di-

» ritto, la decisione impugnata ha fatto una giusta interpretazione della disposizione del testamento, concernente il legato degli otto ventesimi in vantaggio della signora *Marconnay*, per ciò vi ha esattamente applicato l'art. 896 (941) ». RIGETTA

Addizione al num. XIII. Vol. I. Par. I. pag. 223. in fine (Nuove idee su la donazione a causa di morte).

XIII bis. Sembra che la quistione, se la donazione per causa di morte di cui abbiamo fatto parola nel numero precedente sia vietata oppur no dal Codice civile, e se su di ciò vi sia differenza tra le disposizioni del Codice e quelle dell'ordinanza del 1731, non merita un profondo esame, almeno in quanto al risultato che possa avere in pratica; circostanza che dee principalmente aversi in considerazione.

Toullier che ha trattato tale quistione (*Diritto Civile francese* n.º 10 tom. 5.) dice « La soluzione di tale quistione teorica può menare alla soluzione di una quistione pratica già presentata, cioè se un testamento sia valido allorchè contiene una convenzione tra il testatore ed il legatario, ossia quando il legatario interviene per accettare il legato. In tal caso l'atto è una vera donazione a causa di morte rivestito delle forme di un testamento, che è valido indubitatamente secondo l'ordinanza del 1731. Ma è dessa del pari valida secondo il Codice? La ragione di dubitare sorge da che sembra non essere dal Codice vietate assolutamente le donazioni a causa di morte: la ragione per decidere è, che il Codice non dichiara nullo il testamento in cui il donatario sia intervenuto per accettare il legato ».

Allorchè (nel discorso storico sez. 3. pag. III.)

abbiamo creduto necessario di sviluppare gli antichi principj intorno alla donazione a causa di morte, sopra tutto secondo le nozioni del diritto romano, vi abbiamo dimostrato che dessa era una disposizione diversa dal testamento e dalla donazione tra vivi, ma che partecipava di entrambe queste disposizioni. Ivi abbiamo fatto osservare che in progresso di tempo e nello stesso diritto romano la donazione a causa di morte aveva perduto il suo antico carattere, e che si ravvicinava più al testamento in quanto alle forme, e non ne diversificava in quanto agli effetti. Abbiamo pur dimostrato che nelle consuetudini che l'avevano ammessa non vi era differenza tra tale donazione ed il testamento, specialmente quando si ponga mente che l'una e l'altro avevano il loro effetto dopo la morte del disponente, e che fino a quel tempo erano rivocabili. Se l'ordinanza del 1731, art. 3, conservò la donazione a causa di morte, fatta colle stesse formalità, del testamento o del codicillo, lo fu per transigere con un uso locale che favoriva i figli di famiglia, come abbiamo cennato nel luogo indicato. Perciò la conservazione di tale forma di disporre che non aveva un oggetto generale e neppure reale, che tendeva ad eludere la saggia limitazione fatta dalla legge dei modi di disporre a titolo gratuito, cioè alla donazione tra vivi, ed al testamento, produsse nel tempo stesso una quantità di dubbj metafisici e sottili, che tendevano ad ingarbugliare la legislazione e la giurisprudenza. Ma sotto l'attuale nostra legislazione svaniscono tali difficoltà. Combinando l'art. 893 (813) del Codice il quale non ammette altre disposizioni a titolo gratuito se non la donazione tra vivi ed il testamento, con l'art.

967 (892) il quale dice che ognuno può disporre con testamento sia a titolo di istituzione di erede, sia a titolo di legato, sia sotto qualunque altra donazione propria a manifestare la sua volontà, bisogna conchiudere che ora non più esiste disposizione particolare a titolo gratuito sotto la denominazione di donazione per causa di morte: che se nondimeno si desse tale denominazione ad una disposizione di ultima volontà, che in sostanza fosse un testamento, e ne avesse le forme, cotesta disposizione sarebbe, non ostante la diversa denominazione, un vero testamento, ed andrebbe soggetta a tutte le regole riguardanti questo modo di disporre. Ciò risulta da quanto abbiamo detto su la donazione a causa di morte; ed a nostro intendimento è questo il solo modo di valutare una disposizione cui si desse tal qualificazione.

Partendo da questo principio, non può sorgere alcuna grave difficoltà su la ipotesi del Toulhier pel caso, cioè, in cui il testamento contenga una convenzione tra il testatore ed il legatario; come per esempio se il legatario intervenisse nell'atto per accettare il legato. Non vi è ragione per annullare in questo caso la disposizione, dappoichè secondo la nostra legislazione non potrebbe ravvisarvisi se non un testamento, e che niuna disposizione legislativa indica, nè suppone simigliante intervento come causa di nullità della disposizione testamentaria.

Bisogna però convenire che si dee avere una strana mania d'innovazione per istipolare in tal modo un testamento, lo che in vero potrebbe aver luogo solo nel testamento per atto pubblico. Ciò importa elevar difficoltà senza oggetto. Non si può

metamorfosare un testamento in un contratto. La disposizione sarebbe sempre revocabile come lo è il testamento. Il nostro diritto non ammette altra donazione a causa di morte che potesse assicurare irrevocabilmente la successione, eccetto la istituzione contrattuale, ma questa ripete la sua irrevocabilità dal favore pel matrimonio: di tal che può dirsi che la ipotesi proposta è una vera astrazione, come sembra che ne convenga lo stesso Toullier.

PARTE PRIMA DEL TRATTATO.

Aldizione al n. 7. Vol. I. P. II. pag. 11. (Nuovi sviluppi su la quistione della donazione di una somma o di una prestazione Pagabile in morte del donante. Decisioni di ciò.)

7 bis. Il principio che dee servir di base in tale quistione non è dubbio: dessa non pertanto può presentare delle difficoltà che ne rendono l'applicazione più o meno incerta: e tali difficoltà sorgono dai termini in cui sia concepita la donazione, almeno relativamente al modo ed al termine del pagamento della somma donata. Si può parlare nella donazione, del pagamento della somma dopo la morte, enunciarvi gli oggetti della successione con cui si dovesse pagare, e non pertanto la donazione può conservare egualmente tutta la sua efficacia. L'essenziale è che la donazione sia stabile fin dal momento in cui si fa, che i beni presenti del donante sieno gravati della esecuzione, e che la sola esecuzione ne sia differita dopo la morte. Sarà utile di render precise le idee su di ciò con esempj di cose giudicate.

Nella specie di un arresto della Corte di cassazione del 13 giugno 1808, riportato da Sirrey (vol. 8 pag. 416 par. 1.) un padre ed

una madre, sotto l'impero del Codice civile, avevano donato alla loro figliuola, nel contratto di matrimonio la somma di 10,900 fr. *esigibile dopo la loro morte*, e pagabile od in contanti od in beni della loro eredità, da valutarli da periti. Niuna delle parti interessate elevò dubbio su la natura di tale disposizione, come donazione tra vivi propriamente detta; ma il direttore della regia del registro, pretese che dovessero pagarsi i diritti fiscali di trasferimento come nella donazione d'immobili; e fondò tale pretesa su la ragione che bastava di poter fare il pagamento in immobili per far esigere il diritto di trasferimento immobiliare.

Si fatta pretensione fu rigettata con sentenza del tribunale civile di *Castellana*, la quale impugnata col ricorso per cassazione rimase confermata dalla sezione dei ricorsi. Il motivo dell'arresto fu che la donazione contenuta nel contratto di matrimonio del 4 febbrajo 1806 della somma di 10,900 fr. ai termini dell'art. 529 (452) del Codice civile era una donazione mobiliare, che quantunque tale somma, giusta l'atto di donazione fosse pagabile *dopo la morte dei genitori, o in contante o in beni fondi*, pure questo modo di pagamento eventuale ed alternativo non alterava affatto la natura della donazione ec.

Non è già che presentiamo tale arresto come quello che abbia deciso in tesi la subietta quistione; ma da esso si ravvisa la esecuzione data, come donazione tra vivi, ad una disposizione con cui i donanti avevano disposto, di una somma, il cui pagamento doveva farsi *dopo la loro morte, sia in contante, sia in beni della LORO EREDITÀ*. (1)

(1) Non dee trascurarsi di osservarsi che la dona-

Un esempio più decisivo può trarsi da un arresto della Corte medesima degli 8 luglio 1822 riportato nella medesima collezione pag. 434 e pronunziato in occasione di un diritto contrastato alla regia del registro. Dicevasi in un contratto di matrimonio che i genitori costituivano in dote e donavano tra vivi al loro figlio che l'accettava la somma di 300,000 fr. che gli assegnavano fin d'allora su i beni più espliciti che essi possedevano, ma che non sarebbe esigibile se non *dopo la morte del superstite*. Si diceva nell'atto che di tale somma, quella di 150,000 soltanto era produttiva d'interesse al 4 per 100 netti. Il ricevitore aveva percepito il diritto di registro su la somma di 300,000 fr. come se si fosse donata a titolo di donazione tra vivi. Si sostenne che il diritto dovesse pagarsi come donazione a causa di morte, almeno per la porzione non produttiva d'interesse fino alla morte del disponente: ed a cotesta pretensione fece diritto il tribunale della Senna; ma la sua sentenza fu annullata dalla sezione civile. Gioya riportarne quì i motivi. » Attesochè son precisi e formali i termini della clausola su cui si disputa, che essa esprime una donazione tra vivi con cui i genitori fin dal momento dell'atto si spogliavano dei loro beni più espliciti, e con accettazione del donatario; che dalle dette espressioni risulta che l'atto presenta tutti i caratteri di una donazione tra vivi, e non *di una donazione a causa di morte*, ch'esso produce una trasmissione attuale della proprietà, *ed un diritto effettivo in favore*

zione era per causa di matrimonio, e che questa circostanza ha potuto far dar esecuzione ad una donazione che in altra circostanza non avrebbe avuto forse effetto.

del donatario, diritto che non viene distrutto dalla circostanza di esserne sospesa la esazione fino alla morte del superstite, o per difetto di pagamento degli interessi, o della stipulazione di alcuna sicurtà o garanzia le quali sono considerazioni indipendenti dalla esistenza del diritto; che l'avviso del consiglio di stato del 22 dicembre 1806, relativo alle donazioni di beni presenti e futuri, ed agli art. 1084, (1040) 1085, (1041) 1086, (tolto) 1089 (1044) e 1090 (1045) del Codice civile è interamente estraneo alla specie, nella quale trattasi di una vera donazione tra vivi, ed all'art. 1081 (1037) del Codice medesimo, che alla specie erano applicabili gli art. 4 e 69 § 4. n. 1. della legge del 22 frimajo anno 7; e che ciò non facendo, ed ordinando la restituzione della somma percepita in virtù dei detti articoli, la sentenza impugnata ha violate le disposizioni testè citate: CASSA cc.

Nonpertanto vi è una decisione della stessa Corte, sezione civile, del 29 dicembre 1822, riportata da Sirey vol. del 1824, pag. 106, che sembra a prima vista aver deciso il contrario in una specie presso a poco simile. Il 22 gennajo 1815 il sig. *Lallier* settaginario, per compensare la giovine *Michel* sua domestica dell'assidua assistenza fattale in tutto il tempo che era stata al suo servizio, le aveva fatto donazione tra vivi pura e semplice ed irrevocabile, nella miglior forma valida, della somma di 4000 fr. da esigerla *dopo la morte del donante su le più esplicite somme della successione*; ed in caso d'insufficienza su gli immobili presenti e futuri con facoltà di prendere iscrizione ipotecaria fin d'allora su i beni del donante.

L'atto di donazione conteneva diverse clausole che tralasciamo, e secondo le quali si pretese che non si operava la spropriazione, e che non era una vera donazione tra vivi. Esaminando queste clausole sotto il loro vero punto di vista, poteva con ragione dubitarsi della solidità di tale pretesa. Non pertanto la donazione fu annullata con decisione della Corte reale di *Parigi* confermativa della sentenza del tribunal di *Meaux*.

È chiaro che la quistione riducevasi a fissare il senso delle clausole della donazione; ed è essenziale di rimarcare che la Corte di cassazione ravvisò nella decisione la interpretazione di tali clausole, per lo che non poteva esservi adito a cassazione, come si raccoglie dai motivi dell'arresto « Considerando che il vero carattere della donazione tra vivi consiste nella spropriazione del donante: considerando che nel contratto del 12 gennajo 1815 fu stipulato che la premorienza della donataria rendeva inefficace la donazione; a che il donante rimaneva obbligato soltanto a pagare agli eredi della donataria la somma di 90 fr. l'anno, avuto riguardo al tempo del servizio: che stante tali circostanze, la Corte reale di *Parigi*, nel decidere che il donante non si spogliava, *non ha fatto se non interpretare il contratto, e per ciò non ha violato alcuna legge*; ec.

Da ciò noi siamo inclinati ad opinare, che questo arresto non ha deciso in tesi la quistione di diritto, se la donazione di una somma non debba esser considerata donazione tra vivi allorchè cade su i beni presenti, quantunque debba ricevere la esecuzione dopo la morte del donante, con la indicazione dei beni gravati del pagamento della somma; nel che precisamente consiste la soggetta quistione.

Si può considerare sotto il medesimo rapporto un arresto della stessa corte del 18 maggio 1812 riportato da *Sirey*, vol. del 1813 pag. 12; ed un altro del 1 marzo 1821 riportato dallo stesso *Sirey* nel volume del 1821 pag. 234; non che un terzo del 7 aprile 1823, riportato nel vol. dello stesso anno, pag. 301. Questi arresti, che è sempre utile di conoscere spandono pochi lumi su la quistione. Giova intanto far rilevare che *Denevers* nel vol. del 1817 pag. 468 ne riporta uno del 22 aprile 1817, che per la specie e per la decisione si approssima molto più al caso in cui è forza opinare, che la donazione poteva valere come donazione tra vivi.

Noi però riportiamo un esempio più decisivo tratto da una decisione della Corte reale di *Riom* prima camera, del 28 febbrajo 1825, colla quale fu sostenuta come donazione tra vivi, una disposizione che conteneva alcune speciali espressioni, le quali si pretendeva essere in opposizione alla natura della donazione tra vivi.

Ecco la specie della decisione. « Con atto del 28 marzo 1806 *Anna*, *Catarina*, *Margarita* e *Maria Dagiral* sorelle germane fecero a *Francesco* ed *Anna Mourguy* loro pronipoti una donazione colle seguenti clausole ».

« Le donanti tutte insieme e ciascuna di esse in egual parte han donato e donano per donazione tra vivi pura, perpetua, irrevocabile, nella miglior forma valida, a *Francesco* ed *Anna Mourguy* loro pronipoti, ovvero ai loro eredi se ne avranno, la somma di 20,000 fr. da pagarsi su i più espliciti beni della loro successione dopo la morte dell'ultima delle dette donanti. ».

« Le donanti si riservarono durante la loro

vita l'una in favore dell'altra, l'usufrutto o l'interesse dei 20,000 fr. *fino alla morte dell'ultima di esse* » tempo in cui poteva esigersi la somma, e cominciava a decorrere l'interesse in favore dei donatarij ».

» La donazione si fa anche, 1. con riserva di riverzione dei 20,000 fr. nel caso che i detti *Francesco ed Anna Mourguy* premuojano all'ultima delle detti donanti; 2. ed a condizione che qualora uno dei due donatarij premuoja all'altro pria della morte delle donanti, il superstite dei donatarij raccoglierà l'intera donazione ».

Quindi si soggiunse « E sotto le suddette condizioni e pesi le dette donanti tutte insieme hanno obbligati, gravati, ed ipotecati tutti e *ciascuno dei loro beni presenti, e specialmente i loro beni immobili esistenti nel borgo di Fontagne* composti ec.: L'atto fu accettato dai donatarij.

Dopo la morte delle donanti *Antonio Mauret* loro crede testamentario impugnò di nullità la detta donazione, su l'appoggio che secondo i termini in cui era concepita non era una vera donazione tra vivi, e perciò non aveva prodotto l'effetto di spogliare i donanti della somma donata. Cotesta pretesa era stata accolta dal tribunale civile di *Mauriac*, del 23 dicembre 1823; ma in appello la sentenza venne rievocata pei seguenti motivi.

» Per quel che concerne il mezzo proposto da *Antonio Mauret* che consiste nel sostenere la nullità della donazione in esame del 28 marzo 1806, perchè con essa il donante non si spogliò dell'oggetto donato, circostanza che forma il principal carattere della validità della donazione tra vivi. »

» Atteso che la esecuzione della donazione è stata ben sospesa sino alla morte dei donatarij, che secondo tutti i principj ricevuti su la soggetta materia, questa sospensione è conciliabile con tutti i caratteri della donazione tra vivi, qualora dall'espressioni e dalle clausole che contiene l'atto, risultino necessariamente cotesti caratteri, e che il suo effetto sia stato lo spoglio attuale della somma donata, per investirne i donatarij; di tal che non fosse più in balia delle donanti il rievocare la donazione in pregiudizio dei donatarij ».

» Considerando che tutti questi caratteri risultano dalla donazione, ed in modo non equivoco; che in fatti non si dice solamente che la donazione sia fatta a titolo di *donazione tra vivi pura, semplice, perpetua, ed irrevocabile*; ma vi si aggiunge riservarsi le donanti, vita durante di entrambe e fino alla morte dell'ultima donante superstite, l'usufrutto, o l'interesse della somma di 20,000 fr. che costituivano l'oggetto della donazione, unico tempo in cui la detta somma di 20,000 fr. si può esigere; che la riserva di questo usufrutto presenta una tradizione fittizia, che è stata sempre sufficiente a produrre lo spoglio, anche nella donazione tra vivi, imperciocchè non si può costituire su la cosa propria un usufrutto, che dalla legge è assimilato, almeno in questo caso, ad una servitù. »

» Atteso che nella donazione si è dippiù stipulato in favore delle donanti la riverzione dei 20,000 fr. in caso di premorienza di ambi i donatarij all'ultima donante superstite: che niun'altra circostanza può con maggior energia dare alla disposizione il carattere di una vera donazione tra vivi,

quanto la detta clausola, la quale in fatti suppone necessariamente la intenzione e la volontà di impossessare di fatto i donatarj della proprietà della cosa donata; che la riverzione di tale proprietà in favore delle donanti non poteva essere se non la conseguenza di una risoluzione casuale di tale proprietà trasmessa già ai donatarj, qual risoluzione eventuale non mai ha viziato la donazione tra vivi, con cui anzi è stata sempre compatibile. »

» Atteso che il carattere della donazione tra vivi, acquista maggior forza dalla clausola apposta nella medesima, e colla quale si dice che per l'esecuzione di tale donazione, e pagamento della somma donata di 20,000 fr. le donanti hanno tutte insieme obbligati, gravati, ed ipotecati tutti e ciascuno dei loro beni presenti, e specialmente i loro beni immobili situati nel borgo di *Fontanges*, di cui hanno espresso la qualità, ed il demanio denominato di *Chastrade*, nello stesso comune, con la indicazione della qualità dei fondi che lo compongono; che la stipulazione di tale clausola autorizzava la iscrizione ipotecaria che fu dai donatarj presa. »

» Che da tutte le parole di detta clausola emerge la dimostrazione evidente aver divisato le donanti limitare il peso e l'effetto di tale donazione sui beni presenti, i quali diventavano il pegno reale ed assicurato fin dal momento della donazione, salvo solo la esecuzione della medesima al tempo della morte delle donanti: che coteste espressioni dimostrano essere state le donanti lontane dalla idea che tale donazione dovesse prendersi soltanto su i beni che lascierebbero in morte, in modo che alienando i loro beni presenti non potessero

i donatarj agire contro i compratori di questi; e che nel caso fossero insufficienti i beni della loro successione, la donazione fosse inefficace in tutto od in parte; che è facile il ravvisare tutta la forza tanto della obbligazione dei beni presenti, specialmente mancandovi la clausola dei beni futuri, quanto della specialità della ipoteca dei detti beni presenti; che tali clausole non han potuto essere scritte, senza supporre che sia stato divisamento delle parti lo spoglio attuale, e la perfezione e consumazione della disposizione, come donazione tra vivi; che nella disposizione in esame si dice avere le sorelle *Dagiral* donata la somma di 20,000 fr., *da prendersi su i più espliciti beni della loro successione*, ovvero da pagarsi dai loro eredi, *qualora ne abbiano, dopo la morte dell'ultima superstite*; che sarebbe un grave errore il trarre da sì fatta clausola che la donazione abbia dovuto colpire e gravare i soli beni che le donanti lascierebbero in morte e che formerebbero la loro successione. »

» Bisogna por mente a non confondere la disposizione colla esecuzione. La disposizione cade su i beni presenti: ciò è dimostrato, e ciò basta per darle il carattere di donazione irrevocabile tra vivi. Quanto alla esecuzione, che ha potuto essere sospesa e rimessa in morte delle donanti; senza che la disposizione abbia perduto il suo carattere di donazione tra vivi, era della natura delle cose; poichè la somma era determinata, che questa si pagasse dagli eredi in contante od in beni. Di tal che le donanti han potuto pensare al modo di pagamento della somma in morte, senza che ciò togliesse dalla loro intenzione e volontà di fare una donazione tra vivi. »

» E dicendo che la somma donata sarebbe presa dai più espliciti beni della loro successione, esse han divisato di meglio assicurare l'effetto della donazione. Queste parole non han potuto avere altro scopo, perciocchè, quando anche non si fossero scritte nella disposizione, essa avrebbe del pari conservato il carattere di donazione tra vivi che già aveva. Tutte queste idee sono maggiormente sostenute dalla circostanza che le disponenti non donavano tutti i loro beni, ma divisavano di istituire in seguito un erede testamentario; e che considerando anticipatamente i donatarj come se fosse in presenza dell'erede testamentario, esse ebbero in mente, per una previdenza tutta proficua ai donatarj, che rimasero nella eredità tutti i beni litigiosi, e che la somma donata fosse soddisfatta subito dai beni più espliciti e più liquidi, di tal che *Antonio Mauret* erede istituito nel voler gittare a terra la disposizione come donazione tra vivi, si fa scudo di una clausola che in vece la garantisce come tale ».

Dobbiamo far osservare che *Antonio Mauret* appoggiava ancora la nullità della donazione su la sostituzione in essa contenuta, e che secondo lui la rendeva nulla giusta l'art. 896 (941) del Codice civile. Egli traeva la sostituzione dalle clausole espresse nella esposizione della specie. In una si diceva che le donanti si riserbavano la reversione della somma donata di 20,000 fr. nel caso i donatarj premorivano all'ultima delle donanti. L'altra prescriveva che qualora uno dei donatarj moriva pria che cessassero di vivere tutte le donanti, il donatario superstite raccoglieva tutta la donazione. Senza andar oltre su

tale quistione, basta dire che la medesima non fu accolta, poichè la Corte non vi ravvisò una vera sostituzione.

Si fatta quistione però era secondaria. Se vi fosse stata sostituzione sarebbe crollata la disposizione principale; ma poichè non vi era sostituzione, rimaneva in piedi la quistione principale se la donazione era oppur no valida. Avendo la corte deciso per la validità della donazione, è facile il ravvisare che la quistione in esame sia stata decisa in tesi.

Addizione al n.º 34. Vol. I. P. II. pag. 39. in fin. (Nuove riflessioni su la quistione della reversione stipolata in beneficio del donante o di altra persona.)

34 bis. Nel numero precedente abbiamo parlato ipoteticamente, e senza applicazione a specie positiva e determinata, poichè quando scrivemmo, non ne conosceamo alcuna; e si sa che quando non si sono presentate delle specie non si può lusingarsi di penetrare tanto a dentro da supporre che le osservazioni sieno tali da poter dare una decisione precisa.

In seguito si sono presentati dei casi che si assomigliano a quelli che avemmo in mente. Questi han dato occasione ai tribunali di giudicarvi, e le loro decisioni offrono il materiale di novella discussione, in cui la quistione si presenta sotto nuovo aspetto.

La Corte di cassazione sezione civile ha pronunziato nel 3 giugno 1823 un importante arresto. È essenziale di conoscere tale arresto, dappoichè riflettendo su lo stesso, è forza convenire che desso presenta gravi difficoltà. L'ar-

resto vien riportato dal Signor Dalloz, vol. del 1823 pag. 235; e da Sirey, vol. 23 pag. 308

Eccone la specie: *Sinforino Saint-Arromand* figlio primogenito contrasse matrimonio a 7 gennaio 1806: il padre gli donò la nuda proprietà della quarta parte dei suoi beni, stipulando la riversione in favore di lui, e di *Paolo Saint-Arromand* altro figlio secondogenito, nel caso il futuro sposo non avesse avuto figli, ovvero questi fossero morti in età minore.

Il signor *Saint-Arromand* padre morì nel 1817: ed il di lui figlio *Sinforino* pretese di precapire dalla successione la quarta parte dei beni giusta della donazione fattagli colle tavole nuziali; ma i di lui fratelli e sorelle, al numero di cinque dedussero la nullità della donazione, su l'appoggio che la medesima conteneva una sostituzione vietata la quale ne produceva la nullità.

Il tribunale di *Saint-Gaudens* con sentenza del 31 agosto 1819 dichiarò valida la donazione, considerando solo come non iscritta la clausola con cui si chiamava il figlio secondogenito a profittare del diritto di riversione. In appello, la Corte reale di *Tolosa* con arresto del 10 agosto 1820 rinvocò la sentenza, e decise che la clausola in esame conteneva una sostituzione vietata.

Il signor *Sinforino Saint-Arromand* ricorse in cassazione, per erronea applicazione dell'art. 896 (941) del Codice civile, e per violazione dell'art. 951 (876) dello stesso Codice. Su questo ricorso la Corte emise un arresto di cui fa mestieri ponderare i motivi.

Veduti gli art. 896 (941) 951 (876) del Codice civile.

» Considerando che colle tavole nuziali dell'attore in cassazione il padre fece a costui donazione per prelegato ed anteparte di tutti i suoi beni presenti e futuri (1): che il donante stipulò il diritto di riversione tanto in suo favore, quanto in pro del suo figlio secondogenito nel caso il donatario non avesse figli, o questi morissero nella minor'età; che la Corte reale di *Tolosa* ha annullata tale donazione su l'appoggio dell'art. 896 (941) il quale dichiara nulle le disposizioni che contengano sostituzioni col peso di conservare e di restituire. »

» Considerando che la efficacia e gli effetti della donazione e del diritto di riversione in esame, han dovuto, per contrario, essere regolati dall'art. 951 (876) che contengono disposizioni precise e speciali su tale quistione.

» Che col detto articolo il legislatore, malgrado la maggiore o minore somiglianza od analogia che abbia potuto ravvisare tra il diritto di riversione convenzionale, e la sostituzione fedecommissaria, ha fatto cessare le incertezze alle quali avrebbe potuto dar luogo in talune circostanze quella specie di analogia.

» Che egli ha data al donante la facoltà di

(1) Tutto mostra che vi è corso errore. La donazione dovette essere *del quarto* in prelegato. La narrativa riportata dai due decisionisti così fa supporre. Non dimeno l'arresto si è da entrambi stampato nel modo stesso. L'errore, o per meglio dire, la menda tipografica è evidente, perchè non può esistere un dono in prelegato ed anteparte di tutti i beni. Il prelegato può riguardare soltanto una parte di essi. Comunque però vada la cosa l'arresto e la discussione fanno a pieno comprendere la quistione.

stipulare in di lui favore il diritto di riverzione, tanto pel caso di premorienza del solo donatario, quanto pel caso di premorienza del donatario e dei suoi discendenti; che per contrario ha vietato la stipulazione di questo diritto in favore di chiunque altro diverso dal donante, *senza però dichiarare nel caso di tale estensione, la nullità della donazione*; che per conseguenza, in vece di annullare arbitrariamente la donazione fatta all'attore in cassazione, dal suo padre nel contratto di nozze, la Corte reale di Tolosa avrebbe dovuto considerare unicamente, come non scritta la stipulazione del diritto di riverzione in favore del secondogenito. »

» Che in fatti, secondo l'art. 900 (816) del Codice civile, conforme al diritto comune, nelle disposizioni tra vivi o testamentarie le condizioni contrarie alle leggi si reputano soltanto non scritte; che se, giusta l'articolo 896 (941), la nullità della sostituzione fedecommissaria rende nulla la donazione, o la istituzione, ciò avviene da che la disposizione del detto articolo *pronunzia formalmente questa doppia nullità*. »

» Considerando finalmente che le nullità sono di stretto diritto, e non possono nè supplirsi nè estendersi da un caso ad un altro, specialmente quando nelle diverse specie, malgrado la loro maggiore o minore analogia, il legislatore ha segnato delle regole e dei principj diversi; che decidendo il contrario, ed annullando la donazione in esame, la Corte reale di Tolosa ha erroneamente applicato l'art. 896 (941) del Codice civile, ed ha violati gli art. 900 (816) e 951 (876) dello stesso Codice. CASSA ec.

Seguendo le distinzioni fatte in conseguenza

delle proposte ipotesi, ed applicando ad esse i principj, abbiamo opinato che, nel modo in cui la riverzione era stipolata, la clausola in esame nella specie dell'arresto, sarebbe stata tutta nulla; cioè, che la disposizione principale avrebbe dovuto esser nulla del pari che la clausola della riverzione, perchè l'insieme della clausola presenta necessariamente una sostituzione fedecommissaria, la quale debb'essere regolata dalla disposizione dell'art. 896 (941) del Codice civile. Ed una nota del signor Dalloz sul detto arresto mostra che egli ha pienamente compreso il senso in cui ci siamo espressi.

La conseguenza della nostra opinione era che se la clausola della riverzione fosse in sostanza una sostituzione fedecommissaria, sarebbe nulla tutta la disposizione, giusta l'art. 896 (941) del Codice; e che qualora tale clausola si limitasse ad una semplice riverzione in favore di chiunque altro diverso dal donante, senza alcuna sostituzione, in tal caso sarebbe nulla soltanto la clausola della riverzione, rimanendo ferma la disposizione principale.

Non pertanto la Corte di cassazione ha deciso in contrario: essa ha dichiarato nulla soltanto la stipulazione della clausola di riverzione, anche quando contenesse una sostituzione fedecommissaria, ed ha dichiarato valida la disposizione principale: è superfluo il dimostrare, che nella specie dell'arresto la clausola della riverzione diventava una vera sostituzione fedecommissaria, essendo ciò evidentissimo. L'arresto è fondato su la combinazione degli articoli 900 (816) 951 (876) ed 896 (941) del Codice. Si dice: l'art. 900 (816) riguarda come non iscritte in

tutte le disposizioni tra vivi o testamentarie le condizioni impossibili, e le altre contrarie *alle leggi o ai costumi*. L'art. 951 (876) dispone che *il diritto di riversione si può stipulare in favore del donante soltanto*: quindi è nulla la clausola con cui si è stipulata la riversione in favore di un terzo. La nullità colpisce questa clausola soltanto, ed a questa nullità bisogna limitarsi applicandovi l'art. 900 (816), che dichiara non iscritta (ossia nulla) ogni condizione contraria alle leggi. Sarebbe dar luogo ad una estensione arbitraria, pronunziando la nullità della disposizione principale su l'appoggio dell'art. 896 (941) del Codice. Che se, giusta il detto articolo, la nullità della sostituzione fedecommissaria produce la nullità della donazione e della istituzione, ciò avviene solo perchè la disposizione del detto articolo pronunzia formalmente questa doppia nullità.

Per sostenere cotesto ragionamento bisognerebbe necessariamente supporre che vi sia sostituzione fedecommissaria soltanto quando la disposizione contenga espressamente e letteralmente il peso di conservare e di restituire ad un terzo. Ma è questo mai vero? Abbiamo creduto dover ripetere più volte, che ricade nello spirito dell'art. 896 (941) del Codice, quella disposizione che non possa eseguirsi se non col conservare necessariamente per restituire; e semprechè la disposizione comprende nella sostanza la qualità ed il carattere di conservare per restituire, e che ne produca gli effetti: questa dottrina è tutto di insegnata nelle scuole ed ammessa in giurisprudenza. Le parole dell'art. 896 (941) non possono essere che indicative e dimostrative di

quel che in risultato costituisca una sostituzione fedecommissaria: ma sembra non potersi con ragione sostenere di essersi col detto articolo divisato di ridurre i casi in cui vi sia sostituzione fedecommissaria, tassativamente, all'uso tecnico di una semplice formola. Bisogna osservare il risultato della disposizione non già i suoi termini. Si dee por mente alla cosa e non alle parole, poichè il legislatore ha riguardato soltanto la cosa. Se altrimenti fosse si potrebbe fare una disposizione evidentemente eguale a quella che il legislatore ha voluto vietare; rendendola valida, lo che non è difficile, mascherandola con termini che nel suono soltanto differiscano da quelli adoperati dalla legge in forma di dimostrazione o di esempio: e per tal guisa si renderebbe elusoria ed inefficace la legge, inconveniente che in fatto di legislazione è il più grave di tutti.

Bisogna quindi sostenere l'art. 951 (875), e l'art. 896 (941): l'uno non esclude l'altro, ed al contrario essi si conciliano perfettamente. Se la disposizione contiene una clausola di riversione in favore del donante e di un terzo, ma nel solo caso in cui il donante sopravviva al donatario ed alla sua prole, allora vi è una semplice riversione. Questa è valida in quanto al donante, ed è nulla in quanto al terzo: sotto quest'ultimo rapporto la stipolazione della riversione è vietata, dall'art. 951 (875) e perciò è nulla. In questo senso dee applicarsi il detto articolo. La disposizione principale non dee esser nulla perchè contiene un semplice accessorio colpito di nullità. Sarebbe allora, ed in questo caso soltanto si verificherebbe, una estensione arbitraria per render nullo ciò che non è tale in se stesso.

Ma se la clausola della riversione sia stipulata in favore di un terzo, anche pel caso in cui il donante premuoja al donatario, e pel caso in cui la prole di quest'ultimo si estingua dopo la morte del donatario, tanto se la clausola sia espressa, quanto se la clausola, pel modo più o meno preciso in cui sia scritta, debba presentare lo stesso effetto (la qual cosa si verifica nettamente nella specie dell'arresto della Corte di cassazione) in tal caso, poichè la clausola contiene sostanzialmente e necessariamente una sostituzione fedecommissaria, è impossibile, quando non voglia snaturarsi la idea del legislatore, di non applicarvi l'art. 896 (941). Il legislatore dopo aver stabilito nell'articolo suddetto la nullità non solo della sostituzione, ma benanche della disposizione principale, non doveva ripetere lo stesso principio nell'art. 951 (876). Dichiarato dal legislatore una volta il principio, questo s'intende ripetuto in tutta la legislazione egli ne abbandona l'applicazione ai magistrati.

D'altronde nell'articolo 951 (876) il legislatore si è occupato di un semplice diritto di riversione, e questo diritto non si assomiglia affatto alla sostituzione fedecommissaria. Egli determina positivamente questo diritto di riversione allorchè dice: » Il donante potrà stipulare la » riversione delle cose donate *tanto nel caso » che premuoja il donatario solo, quanto nel » caso che premuojano il donatario ed i suoi » discendenti* » Non poteva indicare più positivamente i casi in cui, in ogni tempo, si è inteso l'esercizio del diritto di riversione, propriamente detto. Avendo poi soggiunto nello stesso articolo » *Tale stipolazione non potrà*

farsi che in beneficio del solo donante » è chiaro, che si tratta dello stesso diritto di riversione, e pei medesimi casi; e se tale stipolazione è nulla solo in rapporto al terzo, tanto per la disposizione dell'art. 951 (876) quanto per l'altra dell'art. 900 (816), è evidente che la nullità è limitata a questa stipolazione soltanto; e che la restrizione di tale nullità alla detta stipolazione è pronunziata riguardo ai terzi pei casi già dalla legge determinati.

Ma se si trattasse di qualunque altro caso; se dalla stipolazione in favore degli eredi del donatario, od in vantaggio di terzi chiamati a raccogliere gli effetti della riversione, e dei loro eredi, ne risulti una vera sostituzione fedecommissaria, in tal caso bisogna allontanarsi dalla disposizione dell'art. 951 (876) che non gli è più applicabile, ed attenersi a quella dell'art. 896 (941) che particolarmente vi si riporta.

A malgrado tutto il rispetto che protestiamo di avere per le decisioni della corte di cassazione non possiamo dissimulare che non troviamo conforme alla legge la decisione testè riportata. Ed in Sirey abbiamo trovato, in continuazione dell'arresto, delle osservazioni su cui abbiám riflettuto e che abbiamo trovato solide e sagge. Esse sono scritte nel senso contrario alla decisione. E questa non è una censurabile licenza: la intenzione la scusa. Non può accogliersi che con interesse tutto quello si fa nel divisamento di rischiarare e di ricondurre la giurisprudenza allo spirito ed alla lettera della legge. In ogni epoca in tutte le scienze vi sono molte verità che non si sono bene assodate se non dopo di aver incontrata più o meno con-

traddizione, ed anche errori. È questa la condizione dello spirito umano.

Inoltre è facile il persuadersi che bisogna astenersi dallo stipulare nelle donazioni la riversione in favore di altre persone diverse dal donante, poichè quando la clausola della riversione non contenesse una sostituzione fedecommissaria, la riversione sarebbe nulla riguardo ai terzi, e chè se contenesse una sostituzione fedecommissaria la nullità della riversione in favore dei terzi, produrrebbe la nullità della disposizione principale in favore del primo chiamato.

Addizione al n. 57 Vol. I. P. II. pag. 62 (La formola ordinaria messa in piedi degli atti » *Le parti hanno così voluto e consentito* non importa l'accettazione espressa richiesta dalla legge.

57 bis. Il Signor Toullier (*Corso di diritto civile, su le donazioni tom. 5 num. 188 189 e 190*) su quanto abbiamo detto ed in generale su le conseguenze del difetto di forme, tanto della donazione quanto dell'accettazione, ed intorno alla conferma od esecuzione della donazione viziosa nella forma, presenta delle difficoltà interessantissime, che meritano esser discusse.

Il detto autore, num. 188, dice in prima, e con ragione, che la omessione della sola parola *accettante* nella minuta dell'atto renderebbe nulla la donazione: ma in una nota che si riporta a questo passo, egli vi fa una rimarchevole modificazione: in essa egli dice » sì, se l'accettazione non fosse espressa in termini equivalenti, poichè non vi è una frase sacramentale; per esempio se si dicesse in piedi dell'atto *han così voluto e consentito*; questa sarebbe una sufficiente accettazione, perchè è espressa. L'accetta-

zione espressa è quì il contrapposto dell'accettazione tacita che risultasse dalla presenza del donatario e dalla sottoscrizione del medesimo apposta all'atto. Questa tacita accettazione non è sufficiente. »

Non pertanto sembra che non possa seguirsi cotesta opinione, specialmente quando si ponga mente alla disposizione dell'art. 932 (876) del Codice, in cui si dice » la donazione tra vivi non obbligherà il donante, nè produrrà alcun effetto se non dal giorno in cui sarà stata accettata *in termini espressi* ». Queste ultime parole sono tanto precise che rifuggono qualunque interpretazione. È interessante di riflettere che nelle Costumanze osservavasi una decisa avversione per le donazioni, e che questa avversione in progresso di tempo divenne la ragione della eccezione fatta per le donazioni, alle regole comuni per gli altri atti. Sono già molti secoli da che si è riconosciuta la necessità di circondare le donazioni di formalità straordinarie. È stato questo lo spirito specialmente dell'ordinanza del 1731, che certamente ha servito di norma su questa materia agli ultimi legislatori. La legge, che si presume sempre saggia e che d'altronde è facile di giustificare, essendo tanto precisa ed imperativa, vuol essere osservata; e sarebbe lo stesso che violarla, abbandonandola ad arbitrarie interpretazioni.

D'altronde, come potrebbe ravvisarsi mai una valida accettazione, e quale dalla legge è prescritta, nelle parole scritte in piedi dell'atto, *le parti così han voluto e consentito*. Queste parole sono unicamente dello stile notariale, e si adoperano, per sovrabbondanza, negli atti contenenti convenzioni ordinarie. E sarebbe mai possibi-

le che una stipulazione tanto balorda stesse in luogo della accettazione della donazione sì particolarmente ed espressamente prescritta dalla legge. L' art. 931 (855) ha disposto che gli atti contenenti donazioni tra vivi debbono stipularsi innanzi notai *colle formalità ordinarie dei contratti*, e conservandosene la minuta, a pena di nullità. Or le parole marcate dal Toullier sono formole ordinarie dei contratti, e potrebbe anche dirsi che coll' uso sono diventate di stile, non essendo prescritte da alcuna legge; giacchè il consenso delle parti risulterebbe abbastanza dal tenore dell'atto il quale esprime la loro volontà. Il legislatore però non si è limitato a prescrivere per la donazione *le formalità ordinarie dei contratti*: negli articoli seguenti egli prescrive come eccezione ai contratti, ed alle convenzioni ordinarie alcune condizioni di un ordine speciale, e le prescrive a tutto rigore. Il legislatore comanda che la donazione non abbia effetto se non quando vi è l'accettazione del donatario. Cotesta condizione dell'accettazione costituisce l'essenza della donazione, la quale non può affatto sussistere senza tale accettazione. Il legislatore dopo avere stabilito la necessità dell'accettazione, passa alle formalità della medesima, e nell' art. 932 (856), dice che questa dee farsi *in termini espressi*. Questo modo con cui il legislatore si esprime ammette mai una equipollenza, e specialmente una equipollenza come quella proposta da Toullier? Pare inconcepibile ciò a nostro modo di vedere: in tal modo si riformerebbe la legge, e si adatterebbe a tutti gli interessi ed a tutte le opinioni che si vorrebbero azzardare. Niente di più vero di ciò che diceva lo stesso Toullier num. 87,

seguendo l'attuale nostra legislazione indipendentemente dalla differenza di spirito, in quanto alle formalità delle donazioni, tra il diritto romano, ed il diritto consuetudinario » La solennità dell'accettazione è la *menzione espressa* che » debbe farsi *in termini positivi e sotto pena di nullità*, o nell'atto stesso di donazione, od » in atto separato, ma autentico e stipulato innanzi Notajo ». E Rousseau de Lacombe, il quale ci ha lasciato delle brevi ed istruttive note su l'ordinanza del 1731, diceva, su l' art. 6. » Quindi la parole, gradire la donazione, » provarla, averla per gradita, non basterebbero » per far indurre l'accettazione; del pari che » nol sarebbero la presenza del donatario, la sua » sottoscrizione, ed il possesso: è indispensabile » che l'accettazione sia espressa.

(Il possesso che il donatario avesse preso dell'oggetto donato può rimpiazzare l'accettazione.)

57 *ter.* Il signor Toullier, num. 189, opina che la circostanza di essersi il donatario impossessato della cosa donata supplirebbe la mancanza dell'accettazione, od almeno impedirebbe al donante di servirsene. Quantunque le opinioni del Toullier meritano accoglienza, pure non possiamo riguardare come fondato cotesto parere.

L' art. 6 dell'ordinanza del 1731 si oppone vivamente a tal proposizione « L'accettazione, dice l'articolo, sarà espressa, ed i giudici non potranno affatto tener conto delle circostanze da cui si pretendesse *trarre una tacita e presunta accettazione*; e ciò quando anche il donatario fosse stato presente all'atto di donazione, ed

avesse sottoscritto , o fosse entrato in possesso della cosa donata. In qual modo Toullier vuol distruggere la induzione che naturalmente si trae da detto articolo ? Egli dice che il Codice non ha ripetuta la nullità pronunziata dal detto articolo , nella soggetta circostanza , e che *non avendola ripetuta , l'ha esclusa*. Ma cotesto modo di argomentare *a contrario* non è sempre ben fondato. D'altronde io ripeto che l'ordinanza del 1731 ha servito di guida, nella soggetta materia, al moderno legislatore, il quale ne ha adottato i principj in generale, e che quando ha voluto derogarvi ha manifestato la sua volontà. Si incontra con più sicurezza lo spirito della legge dicendo che i suoi autori non hanno creduto dover ripetere le parole dell'art. 6 dell'ordinanza del 1731, perchè con meno parole ha espresso la medesima idea. Ed in fatti è questo il risultato delle parole precise dell'art. 932 (856) del Codice « La donazione fra vivi , *non obbligherà il donante* , e non produrrà alcun effetto se non dal giorno in cui sarà stata *accettata in termini espressi* ».

(Il principj relativi al modo di approvare degli atti ordinarij , non debbono servir di guida per la donazione.)

57 *quater*. Il signor Toullier soggiunge, che il Codice non ripetendo la nullità pronunziata dall'ordinanza anche pel caso in cui il donatario fosse entrato in possesso della cosa donata, l'ha esclusa , e ciò con ragione. Egli fonda questo silenzio sul principio che la esecuzione volontaria di un atto nullo ne sana la nullità , e toglie il diritto di impugnarlo quando la nullità non è fondata su l'interesse pubblico o sul ri-

spetto ai buoni costumi ; che se la nullità sia d'interesse privato vi si può rinunciare quando siasi acquistato il diritto di proporla.

Sembra che volendo decidere la quistione coi principj relativi unicamente alle approvazioni e ratifiche dei contratti ordinarij , si incorre in gravi errori. Questi principj sono affatto estranei a ciò che riguarda l'approvazione e la ratifica delle donazioni che sono atti dalla legge sottoposti a regole particolari, che rigorosamente debbono osservarsi , secondo i divisamenti del legislatore. Ed in vero , dopo di aver egli nell'art. 1338 (1292) regolato quanto riguarda il modo di approvare , e di ratificare le *obbligazioni* che potrebbero impugnarsi con azione di *rescissione o di nullità* , egli passa nell'art. 1339 (1293) a quello che concerne la donazione, e quì sorge un nuovo ordine di idee e di principj. Questo articolo prescrive che « il donante non può riparare con alcun atto confermativo i vizj di una donazione fra vivi nulla per le forme : è *necessario che sia fatta di nuovo nelle forme legali* » : una disposizione cotanto precisa non lascia luogo ad alcuna interpretazione. In ultima analisi la legge riguarda come non avvenuta , come inesistente una donazione mancante delle condizioni , e delle formole che essa prescrive : e non può confermarsi quel che non esiste. Quì si applica bene la regola *qui confirmat nihil dat*.

Toullier che ha avvertito la forza dell'art. 1339 (1293) dice in una nota « Si può opporre l'art. 1339 (1293) ma crediamo che esso sia applicabile agli atti confermativi non già alla esecuzione volontaria di una donazione ». Ma , in grazia , potrà mai credersi che la

legge abbia voluto far differenza tra atto confermativo propriamente detto, e la esecuzione volontaria? che negando alla conferma espressa la virtù di ravvivare la donazione viziosa, abbia voluto poi accordarla alla esecuzione volontaria, la quale dee riguardarsi come una tacita conferma e che può dar luogo a maggiori incertezze ed equivoci? D'altronde, si raccoglie dall'articolo 1340 (1294) che la legge fa camminare pari passo la conferma, la ratifica, e la esecuzione volontaria: dessa non mette differenza fra questi modi di approvazione; quindi se uno di essi non è efficace, non lo è del pari l'altro. Non si rinvoca in dubbio che l'art. 1339 (1293) dichiara che il donante non può riparare con alcun atto confermativo, i vizj della donazione, che la sola cosa che può fare è quella di ripeterla nelle forme legali, e che d'altronde l'art. 1340 (1294) contiene una disposizione diversa riguardo agli eredi. Si dice in questo articolo che « la conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una donazione per parte degli eredi o di quegli che hanno causa dal donante, dopo la morte di lui induce la loro rinunzia al diritto di opporre i vizj delle forme, o qualunque altra eccezione.

È chiaro che ciascuno dei riportati articoli dispone per un caso particolare, e ben diverso, ed è fuor di dubbio che ciascuno pel suo caso debb'essere eseguito. L'ultimo articolo concernente solo gli eredi del donante è estraneo a quanto riguarda il donante stesso, poichè esiste per costui nell'art. 1339 (1293) una speciale disposizione e diversa; e ch'è in questo articolo il legislatore ha prescritto una formalità con una precisione che non ammette alcuna interpretazione.

Inoltre, può bene addursi il motivo della differenza stabilita cogli art. 1339 (1293), e 1340 (1294) tra quel che dee fare un donante per sanare i vizj della donazione, e quel che facendosi dagli eredi toglie loro il diritto di farvisi oppositori. Il donante ha senza dubbio il diritto di rinunziare alla nullità risultante dai vizj di cui è affetta la donazione, perchè ognuno può rinunziare ad un diritto stabilito dalla legge in di lui favore. Ma in questo caso la legge ha voluto che in un sol modo si faccia la rinunzia, cioè ripetendo la donazione nelle forme legali; il che può fare a suo talento. Non così per gli eredi: costoro possono del pari rinunziare al diritto di opporre la nullità della donazione, per vizj di forme, perchè questa non avendo spogliato il donante, non può spogliare gli eredi di lui. Costoro però possono rinunziare a questo diritto; ma il legislatore non li obbliga a far essi una novella donazione, lo che spesso avrebbe incontrato difficoltà, e sarebbe talvolta divenuto impossibile. Ed in vero facendosi altrimenti si sarebbero messi nelle mani degli eredi gli immobili, in vece della semplice azione di nullità della donazione; lo che sotto diversi rapporti che agevol fia il ravvisare, è ben diverso, e per le conseguenze e pei risultati. Quindi il legislatore ha divisato di permettere agli eredi di rinunziare al diritto d'impugnare la donazione col mezzo della conferma, della ratifica, o della esecuzione volontaria. Sembra quindi dimostrato che nella nostra legislazione esiste questa differenza, cioè che riguardo al donante personalmente la sua conferma anche espressa, ed a maggior ragione la conferma tacita, non basta a dar vita ad una donazione, che non può

esistere se non colla osservanza di tutte le formalità; e che per quanto riguarda gli eredi del donante la conferma, la ratifica, o la esecuzione volontaria dei medesimi li esclude dal diritto di opporre i vizj di forma.

Ed in questo senso ancora la Corte di cassazione si esprime in un arresto del 6 giugno 1821 epoca posteriore a quella in cui Toullier scriveva. Tale arresto è riportato da Sirey tomo 23 parte 1. pag. 41, e da Dalloz vol. del 1823 pag. 104. Giova accennare almeno in iscorcio i fatti e la specie dell'arresto.

Tra le altre difficoltà che si presentavano nella causa, sorgeva quella, se il signor *Champigny*, il quale aveva fatto il 23 febbrajo 1826 una donazione tra vivi della nuda proprietà di tutti i suoi immobili alla signora *Cheneveau*, aveva sanata *con atti di esecuzione volontaria* la nullità di tale donazione impugnata dagli eredi *Champigny* sul motivo, che il notaio non aveva fatto parola della sottoscrizione delle parti e dei testimonj ai termini degli articoli 14 e 68, della legge del 23 ventoso anno 11.

Il tribunal civile di *Chinon* decise la questione in favore degli eredi *Champigny* per le seguenti ragioni.

» Considerando che una donazione dee esser assolutamente stipulata innanzi notaio nella forma ordinaria dei contratti, che l'atto del 23 febbrajo 1816, a causa della contravvenzione agli articoli 14, e 68 della detta legge, è colpita di nullità insanabile, e per ciò ha perduto la qualità di atto notariale ».

» Che non vale a sanare questa nullità, la eccezione di irricettibilità risultante dalla esecu-

zione volontaria della donazione, che si pretende indurre dagli atti del 10 e 20 ottobre 1816. L'art. 1339 (1293) dispone che il donante non può sanare con alcun atto confermativo i vizj di una donazione nulla per le forme; ma dee farla di nuovo in forma legale, poichè la legge vieta al donante quel mezzo principale di sanare la nullità; e per ciò a più forte ragione gli vieta la esecuzione volontaria, sempre soggetta a discussione, e sempre men chiara e positiva di un atto confermativo ».

» Che in vano si vorrebbe indurre dal silenzio dell'art. 1339 (1293) su la esecuzione volontaria, che il legislatore abbia voluto evitare al donante l'atto confermativo, e non la esecuzione volontaria; che dalle parole dell'art. 1338 (1292) risulta chiaramente che il legislatore ha considerato la esecuzione volontaria come mezzo sussidiario e suppletorio, applicabile soltanto ai contratti ordinarij ».

» Che riguardo alle donazioni dalle leggi garantiggiate di maggiori formalità a differenza delle obbligazioni ordinarie: il legislatore, avendo vietato, coll'art. 1339 (1293), il mezzo principale, cioè l'atto confermativo, ha creduto inutile di vietare espressamente il mezzo sussidiario che tacitamente si trova compreso nel divieto, specialmente secondo le parole decisive ed assolute *la donazione dee farsi di nuovo in forma legale* ».

» Considerando inoltre che l'art. 1340 (1294) il quale *expressis verbis*, permette la esecuzione volontaria agli eredi del donante, per sanare la nullità, dimostra ancora ad evidenza che il principio dell'art. 1338 (1292) non è generalmente applicabile alle donazioni; che altrimenti, se fosse

stata idea del legislatore di generalizzare questo principio a tutt' i contratti, sarebbe stato inutile di ripeterlo nell' art. 1340 (1294) dopo averlo sottinteso nell' articolo precedente; lo che non può aver luogo: da ciò segue necessariamente che il silenzio dell' art. 1339 (1293) su la esecuzione volontaria, vieta questo mezzo al donante: che l' ordinanza del 1731, la quale ha servito di base alla nuova legge era uniforme agli esposti principj; che se il moderno legislatore avesse voluto farvi novità, avrebbe espressa con modi chiari e positivi l' abolizione di una disposizione tanto importante, non mai con una ritenenza; che mostrando la sua ripugnanza per la donazione, col divieto portato nell' art. 1339 (1293), non può suppersi che abbia voluto permettere l' esecuzione volontaria che è un mezzo sempre facile e che renderebbe inutili ed elusorie tutte le precauzioni e le formalità di cui sono rivestite le donazioni ».

La Corte reale di *Orleans* confermò la sentenza, con decisione dei 12 agosto 1819, la signora *Cheneveau* ricorse per cassazione, ed ecco i motivi dell' arresto che rigettò il ricorso.

» Atteso che l' art. 1338 (1292) concernente la conferma, ratifica, ed esecuzione volontaria delle obbligazioni, che ai termini del detto articolo importano rinunzia ai mezzi ed eccezioni con cui si può impugnare un atto, *non è applicabile* alle donazioni tra vivi, di cui l' art. 1339 (1293) non permette al donante di sanare i vizj con alcun atto confermativo, e prescrive assolutamente di farsi di nuovo in forma legale. Atteso che la conferma o la ratifica di cui si parla nell' art. 1339 (1293) si intende anche, ed a più forte

ragione, della esecuzione, la quale è una conferma tacita, e quindi meno solenne dell' atto stesso di ratifica e di conferma con le enunciazioni prescritte dalla legge; e che ciò vien chiaramente espresso nell' art. 1340 (1294) il quale ammette la conferma, ratifica, ed esecuzione volontaria per parte degli eredi ed aventi causa del donante dopo la morte di lui, *quando sorge dal fatto loro*; dopo di essersi prescritto nell' articolo precedente *riguardo al donante* che la donazione sia fatta di nuovo in forma legale; ec. RIGETTA ».

Quantunque l' arresto fosse pronunziato dalla sezione dei ricorsi, pure desso dee far sempre la maggiore impressione, stante che la quistione vi è stata profondamente discussa e la decisione è fondata sopra ragioni molto solide.

Il fin qui detto non riceve alcun' alterazione della distinzione che *Toullier* ha creduto dover fare nel numero 190, tra i casi in cui la nullità di una donazione, ovvero l' azione di revocazione di tal donazione, sia introdotta nell' interesse del donante; da quelli in cui le nullità sono stabilite nell' interesse degli eredi. Per esempio non vi è dubbio che alcune azioni di nullità della donazione appartengono al donante ed ai suoi eredi; ed il diritto di opporre i vizj di forma è fra queste, come lo stesso autore conviene. Ma non è men vera, come abbiamo dimostrato, la differenza dei modi permessi all' uno e non agli altri per far prender forza alla donazione. La circostanza della mancanza dell' atto notariale della donazione, essendo un vizio di forma dee comprendersi nella regola che rende inefficace la conferma o qualunque altro atto di approvazione

della donazione, che il donante facesse senza stipulare una nuova donazione in buona forma: sul che non possiamo seguire la contraria opinione adottata da Toullier.

Conveniamo quindi col dotto autore che il diritto di domandare la revocazione della donazione per sopravvenienza di figli appartiene agli eredi del donante del pari che a lui stesso. E perchè? perchè secondo gli articoli 962 e 964 (887 e 889) del Codice civile, la donazione rimane revocata di pieno diritto; perchè ne rimangono distrutte fin le vestigia; perchè si reputa non aver mai esistito innanzi all'occhio della legge; e chè perciò fa d'uopo di un nuovo atto di donazione.

Conveniamo del pari che se il donante ha perdonato l'ingrato, i suoi eredi non possono impugnare la donazione per causa d'ingratitude. E qual n'è mai la ragione? perchè la revocazione in questo caso non si opera di pieno diritto; ma debb'esser domandata in giudizio. Essendo questa un'azione introdotta unicamente nell'interesse del donante, questi può rinunziarvi o formalmente, o eseguendola volontariamente, o facendo scorrere il periodo stabilito dalla legge. Toullier avrebbe potuto anche aggiungere il caso della revocazione per causa di inesecuzione della donazione.

Non si dee però assimilare agli esposti casi quello della nullità della donazione nascente dalla incapacità del donatario, nè quello, non della nullità, ma della riduzione della donazione eccedente la quota disponibile. Nel primo caso trattasi di una nullità di diritto, e radicale, evidentemente comune al donante ed ai suoi eredi. Nel secondo caso non si tratta di nullità. Se vi è stato eccesso

nel fatto del donante, il diritto di farlo moderare appartiene solo agli eredi; e tal diritto essi lo acquistano dopo la morte del donante.

Tutto ciò è estraneo alle discusse quistioni. I diversi casi in cui può domandarsi la nullità, la revocazione, la riduzione della donazione emergono da principj diversi, e da regole particolari. Si scorge di leggieri il rischio che si corre nel confondere questi mezzi con quello della nullità per semplici vizj di forma, e di applicare a questi le disposizioni degli articoli 1338 (1292) e 1339 (1293) del Codice, che sono applicabili unicamente alle convenzioni ed agli atti ordinarij.

Addizione al num. 61 Vol. I P. II pag. 71 (Risposta alle obbiezioni fatte contro il contenuto nel numero 61.)

61 bis. Toullier *Diritto civile* num. 193, 194, e 196., confuta quel che abbiamo detto nel num. 61 intorno alle formalità necessarie per la fermezza delle donazioni tra vivi, fatte alle donne maritate ed ai minori. Secondo l'esame testè fatto delle sue opinioni, siamo intimamente convinti che il nostro avviso, su le forme necessarie nei detti due casi, è fondato su i veri principj della nostra legislazione, e che la violazione, o l'inservanza di tali formalità comprometterebbero la sorte degli atti.

Distinguiamo ciò che riguarda le donazioni fatte alle donne maritate, da quello concerne le donazioni fatte ai minori.

In riguardo alle prime, crediamo poter dare per dimostrato, che per la validità di una donazione fatta ad una donna maritata, sia assolutamente indispensabile che costei accetti col con-

senso del marito, o coll' autorizzazione del giudice, qualora il marito non voglia consentirvi. È questa la testuale disposizione dell' articolo 934 (858) del Codice. Senza sì fatto consenso od autorizzazione l' accettazione sarebbe invalida, ed il donante non vi sarebbe obbligato. Secondo la giurisprudenza anteriore al Codice era indispensabile l' autorizzazione espressa del marito, e la di costui presenza soltanto non vi avrebbe supplito. Ora però secondo l' insieme degli articoli 934 (858) e 217 (206) la sola presenza del marito vale quanto l' autorizzazione. Da ciò segue che quando trattasi di donazione fatta dal marito alla moglie non è necessaria altra autorizzazione oltre quella del marito stesso. Il voto dell' art. 217 (206) del Codice è in tal modo interamente adempito. È ben diverso questo dal caso di cui parleremo tra poco della donazione fatta dal tutore al suo pupillo, quando anche il tutore fosse lo stesso padre del donatario.

Toullier pretende che nè il donante, nè i suoi eredi potrebbero oggi opporre la mancanza del consenso del marito, ed, in caso di rifiuto di costui, dell' autorizzazione del giudice. Egli si fonda su la circostanza che la incapacità della donna maritata non è assoluta e radicale ma relativa soltanto ai contratti ed alle convenzioni, alla donazione tra vivi, che nell' antica, come nella nuova legislazione, è stata sottoposta a regole particolari dalle quali non si può allontanarsi, come abbiamo fatto osservare nel num. 57—4, nel parlare degli atti confermativi o di ricognizione che potrebbe fare il donante, ed ai quali si voglia attribuire l' effetto di sanare i vizj della donazione. Si potrebbero fare diverse osservazioni su

la distinzione stessa, fatta da Toullier, in altre sue opere, tra le nullità assolute e le nullità relative, od almeno su i casi in cui egli ravvisa le une o le altre, e su i loro effetti: ma ciò è estraneo al nostro proposito. Bisogna limitarsi alle formalità relative alle donazioni, e la disposizione dell' art. 934 (858 ag.) non ammette alcuna distinzione od interpretazione. Ripeto, tutto ciò riguarda gli atti ordinarij; ed a questi atti soltanto si applicano gli articoli 225 (214), e 1125 (1079) del Codice, e ciò è tanto vero in quanto che l' art. 225 (214) è una conseguenza ed una modificazione dell' art. 224 (213). Si legge in questo articolo « se il marito è in età minore l' autorizzazione del giudice è necessaria alla moglie, tanto per istare in giudizio, quanto per far contratti: ed a questi soli casi si riporta l' art. 225 (214). Dee anche osservarsi che l' art. 934 (858 ag.) del Codice, lungi dal riferirsi agli articoli 225 (214) e 1125 (1079) dello stesso Codice, che neppure ricorda, si riporta soltanto agli articoli 217 (206) e 219 (208). In detto articolo, dopo prescritto per l' accettazione il consenso del marito, od in caso di suo rifiuto l' autorizzazione del giudice, si dice, *uniformemente a quello è prescritto negli art. 217 (206) e 219 (208) sotto al titolo del matrimonio*. Or l' articolo 217 (206) dispone che la moglie ancorchè non in comunione, ovvero separata di beni, non può donare, alienare, dare ipoteca, acquistare a titolo, gratuito od oneroso, senza che il marito concorra all' atto, o presti il suo consenso in iscritto. E nell' art. 219 (208) si dice, che se il marito ricusa di autorizzare la moglie a qualche atto, questa può far citare direttamente il marito innanzi al tribunal civile, il quale può ac-

cordare o negare la sua autorizzazione dopo udito, ovvero legalmente chiamato il marito in camera di consiglio. È facile il trarre la conseguenza del ravvicinamento degli articoli 934 (858) 217 (206) e 219 (208); la donna maritata non accetta validamente ed in modo da vincolare il donante, se non quando il fa col consenso del marito, ovvero coll' autorizzazione del giudice.

Ci dispensiamo da più lungo ragionamento dacchè Merlin, su la enunciata quistione, nel tomo decimo sesto del suo Repertorio che serve di appendice alla terza edizione sotto l' articolo *Donazione* pag. 204, combatte la opinione di Toullier, e quindi convalida il nostro avviso. Fra gli altri passi di Merlin è importante di porre mente al seguente. Egli dimostra la vera induzione da trarsi dal non essersi nell' articolo 934 (858) riunito l' art. 225 (214) agli articoli 217 (206) e 219 (208) « Non si è fatto, dice Merlin: e perchè nel riportarsi agli art. 217 (206) e 219 (208) non si riporta anche all' art. 225 (214)? La ragione è perchè l' articolo rinvia agli art. 217 (206) e 219 (208) per determinare *il modo in cui la moglie debb' essere autorizzata*, onde poter accettare una donazione tra vivi; e quindi si astiene di rinviare all' art. 225 (214) per far bene intendere che l' effetto della mancanza di autorizzazione non è *lo stesso in riguardo all' accettazione di una donazione tra vivi, che in riguardo a qualunque altro atto.*

Merlin in sostegno della sua opinione adduce un' autorità che con ragione egli qualifica come irrevocabile. Egli invoca le osservazioni fatte dal Tribunato sul progetto del titolo del Codice delle *Donazioni*, osservazioni che per brevità tra-

lasciamo di riportare. Chi abbia vaghezza di consultarle ravviserà, come il Merlin fa rimarcare, che le osservazioni furono concepite nella *idea di fare una particolare classificazione delle capacità relative alla materia delle donazioni, che forma il soggetto del titolo attuale.* Io non ignoro tali osservazioni del Tribunato, perchè desse furono scritte alternativamente dal sig. Faure, ora Consigliere di Stato, e da me, come segretari della sezione di legislazione: ma credo aver detto abbastanza. Mi pareva che la quistione non soffrisse difficoltà e non poteva prevedere le obiezioni fatte su tal proposito da Toullier il quale ha dopo di me scritto su la materia.

Passiamo a quello riguarda le forme dell' accettazione del minore. Toullier confuta quello che abbiamo detto, con ragionamenti dello stesso genere. Egli si fonda sempre su la distinzione delle nullità assolute o radicali, e di quelle semplicemente relative. Ma anche qui confonde i principj risguardanti i contratti ordinarij, con quei che concernono soltanto le formalità delle donazioni; e da tale confusione sorgeranno sempre gli errori. Crediamo dover persistere in quanto abbiamo detto su la soggetta quistione. Solo ricorderemo; che Ricard richiedeva, per la validità della donazione fatta al minore, l' accettazione del tutore autorizzato dal consiglio di famiglia, omologata dal magistrato; e che l' art. 7 dell' ordinanza del 1731 fu men severo prescrivendo la sola autorizzazione da parte del tutore, senza bisogno del consiglio di famiglia. Rousseau de Lacombe sul detto articolo, dice che l' accettazione fatta dal minore di venticinque anni sarebbe stata nulla, *quantunque in altro caso egli possa render migliore*

la sua condizione. Il cancelliere d'Aguesseau, autore dell'ordinanza, giustificando nella sua lettera del 25 giugno 1731, tomo 9 delle sue opere, pag. 360, la saviezza della disposizione del detto art. 7, si esprime in modo da non lasciare luogo a dubbio che la mancanza della formalità dell'autorizzazione come è prescritta dal detto articolo non debba produrre la nullità della donazione. Per servire alla brevità ci contenteremo di riportarcene a questa lettera luminosa. Pothier aveva seguita una opinione contraria: questa però non aveva potuto vincere la disposizione precisa dell'ordinanza, almeno nella massima parte del regno. La estensione de' suoi lumi, e la giusta sua celebrità gli aveva non pertanto acquistato dei proseliti, e la sua opinione par che fosse stata seguita anche da alcuni tribunali. Il Codice civile però ha aggiunto una nuova formalità a quella stabilita dall'ordinanza: l'art. 935 (859) dispone imperativamente che la donazione fatta ad un minore non emancipato *dovrà esser accettata dal suo tutore*, giusta l'art. 463 (386). È facile il sentire la forza della parola *dovrà*; e l'art. 463 (386) dispone che la donazione fatta al minore non potrà essere accettata se non che coll' *autorizzazione del consiglio di famiglia*. Ed in tale stato di cose, come mai potrebbe valere la dottrina di Pothier in opposizione alla precisa disposizione della legge. È chiaro che pria del Codice, coloro i quali seguivano tale dottrina, avrebbero potuto proporla come oggetto di correzione o di modificazione all'art. 7 dell'ordinanza: ma avendo la legge manifestata la sua idea non rimane che ubidire. È questo il caso di ricordare il motto del celebre Molineo su la costumanza di Parigi. *Nemo censeri debet sapientior quam legislator.*

E Merlin, che, sotto l'antica legislazione, sembra aver seguito la opinione di Pothier, manifesta il suo avviso, che dopo il Codice civile convien allontanarsi da quella; come si raccoglie da un'addizione inserita nella terza edizione del suo repertorio all'articolo *Minore* § 7. È evidente, egli dice, quanto sieno decisivi tanto la parola *dovrà* dell'art. 934 (858), quanto la identità che su di ciò la legge stabilisce tra il minore non emancipato, e l'interdetto. Nè meno perentoria, continua Merlin, è la soggiunta nell'articolo medesimo « Il minore emancipato potrà accettare coll'assistenza del curatore ». Accordare questa facoltà al minore emancipato importa negarla al minore non emancipato, e soggiettandola, pel primo, *all'assistenza del curatore*, importa certamente, che senza l'assistenza del curatore il minore, anche emancipato, non potrebbe accettare una donazione. L'autore si fonda con ragione su ciò che trovasi scritto nella discussione del Codice: ivi si parla nel senso di Ricard, e di Furgole, e di quel che trovasi scritto nella lettera del Cancelliere d'Aguesseau, testè citato, che le conseguenze dell'accettazione di una donazione debbono esser pesate, perciocchè potrebbero diventare onerose al minore, quantunque egli non possa *contrattare*, come dice d'Aguesseau, *se non col beneficio della restituzione in intero*. (1)

Finalmente la opinione che noi seguiamo non può più incontrare difficoltà dopo l'arresto della Corte di cassazione, sezione civile, degli 11 giugno 1816, riportata da Sirey, vol. del 1817 pag. 114. Eccone la specie: *Lazaro Bouhier* con atto del 12 giugno 1791, cioè sotto l'impero

(1) Su di ciò si riscontri quanto è detto nel n. 81.

dell'ordinanza del 1731, donò tra vivi diversi immobili al suo figlio minore, dell'età di anni 23, *presente accettante, per quanto è d'uopo, coll'autorizzazione del detto Bouhier suo padre, e tutore*. Dopo la morte del donante avvenuta nel 1812 le due figlie domandarono la nullità della donazione, perchè non rivestita di accettazione valida, essendosi accettata coll'autorizzazione del padre donante, in vece di esserla da *un tutore ad hoc*. Il fratello eccepì che bastava l'accettazione autorizzata dal suo padre e tutore; che se la donazione era nulla per mancanza di autorizzazione di *un tutore ad hoc*, ciò era imputabile al suo padre e tutore; che tal difetto produceva una responsabilità a termini dell'articolo 14 dell'ordinanza del 1731: e perciò il figlio concluse che gli si lasciasse a titolo di *regresso e garanzia* quel che gli si negava a titolo di *donazione valida*. Il tribunal civile di *Beaume* rigettò l'azione, dichiarò la donazione *valida*, e quindi non esservi luogo a provvedere su la domanda in garanzia. In grado di appello la Corte reale di *Digione* dichiarò nulla la donazione, e rigettò la domanda in garanzia.

In seguito di ricorso la Corte di cassazione dichiarò nulla la donazione, e trovò fondata la domanda in garanzia, sull'appoggio dell'articolo 14 dell'ordinanza del 1731. Ecco i motivi dell'arresto.

Visto l'articolo 14 dell'ordinanza del 1731 così concepito « I minori, gl'interdetti, la chiesa, gli ospedali, i comuni, od altri che godono i privilegi de' minori, non potranno essere restituiti in intero per mancanza di accettazione di donazione tra vivi; e ciò senza pregiudizio

del regresso, ai detti interdetti, come di diritto, contro i loro tutori o curatori, ed alle dette chiese, ospedali, comuni, o altri che godono i privilegi de' minori, contro i loro amministratori, senza che si possa in alcun caso confermare la donazione sotto pretesto di insolvibilità di quelli contro cui potrà esercitarsi il regresso. »

Atteso che non avendo *Lazaro Bouhier* fatto nominare al suo figlio di cui era tutore, *un curatore ad hoc*, per accettare la donazione fattagli, la mancanza dell'accettazione valida di tale donazione dava luogo contro di lui nella qualità di tutore, e quindi contro i suoi eredi, al regresso come di diritto, accordato ai minori coll'articolo 14 dell'ordinanza del 1731; che la decisione denunziata ha negato tal regresso in modo assoluto, sul perchè essendo nulla, ossia non esistendo l'accettazione, crollava la donazione; che non vi era obbligazione da parte del donante, e quindi manca il fondamento per un'azione in garanzia; ma che appunto per essere nulla la donazione mancante di accettazione, la ordinanza del 1731 avea stabilito che tale mancanza, quando nascesse dal fatto del tutore darebbe luogo al regresso contro di lui da parte del minore in danno del quale la donazione fosse nulla ed inefficace per difetto di accettazione; che d'altronde essendo generale e senza eccezione la disposizione dell'ordinanza su di ciò, la medesima è applicabile indistintamente a tutti i tutori, non esclusi quelli che fossero donanti, perchè donando non perdono la qualità di tutore, e sono tenuti ad adempiere i doveri che la medesima loro impone. — CASSA ec. »

È facile il ravvisare che la quistione rela-

tiva alla nullità della donazione sotto al rapporto nel quale la esaminiamo è stata decisa in tesi. Oltre la esposta quistione se ne presentava un'altra intorno alla garanzia; ma la seconda era assolutamente subordinata alla prima: perchè se la donazione fosse stata dichiarata valida, svaniva la quistione su la garanzia, la quale è stata accordata sol perchè si era dichiarata nulla la donazione per la mancanza dell'autorizzazione di *un tutore ad hoc*; non potendo il tutore autorizzare legalmente il minore, quando egli stesso sia il donante.

È vero che l'arresto è stato pronunziato per una donazione fatta sotto l'impero dell'ordinanza del 1731; ma i principj sono gli stessi, quindi identità di ragione per decider, salvo questa sola differenza, che in vece della semplice autorizzazione del tutore, sia estraneo sia padre del donatario, è necessaria anche l'autorizzazione del consiglio di famiglia secondo l'articolo 463 (386) del Codice. Di tal che il riportato arresto sorge contro l'opinione di Toullier riguardo alle donazioni fatte tanto sotto l'ordinanza del 1731, quanto sotto il Codice civile. È osservabile che l'arresto fu pronunziato dietro forti discussioni in cui furono invano invocate tutte le autorità e tutti i ragionamenti riprodotti da Toullier.

Addizione al n. 66 Vol. I. P. II. (Nuove osservazioni sulle decisioni contenute nel numero 66, e particolarmente sulla quistione se il tutore donante sia garante della nullità dell'accettazione.)

66 bis. L'arresto della Corte di cassazione, sezione civile, degli 11 giugno 1816, riportata nel num. 61 bis, può portare un gran cangia-

mento a quanto si è detto su la garanzia del tutore. Il detto arresto ha pronunziato la nullità di una donazione fatta dal padre tutore al figlio, su l'appoggio che il padre solo non poteva autorizzare il donatario ad accettare, ma vi era necessaria l'accettazione di *un tutore ad hoc*; ed in conseguenza di tale nullità fu deciso che il padre o la sua eredità ne erano responsabili.

Confessiamo che questa decisione ci sorprende. Ricard non tratta sì fatta quistione colla sua ordinaria chiarezza: sembra che egli si appoggi principalmente sopra arresti che neppur sono uniformi, e che si sforza di conciliare. Stentiamo a credere che l'articolo 14 dell'ordinanza del 1731, o l'articolo 942 (866 ag.) del Codice che vi corrisponde, debbano applicarsi, in quanto alla garanzia, alla mancanza di accettazione valida della donazione fatta dal tutore stesso al suo pupillo, quantunque nell'arresto della Corte di cassazione si dica » che essendo generale, e senza eccezione la disposizione dell'articolo dell'ordinanza su di ciò, la stessa sia applicabile indistintamente a tutti i tutori, non esclusi quelli che sono essi stessi i donanti, perchè nel donare non perdono la loro qualità di tutore, e sono tenuti anche ad adempiere i doveri che loro impone tale qualità ». Non sembra irragionevole l'opinione, che il regresso accordato da citati articoli di legge, per la loro generalità, si applichi soltanto ai tutori diversi dal donante sia padre sia estraneo. Vi è ragione da credere che il legislatore non abbia voluto metterli tutti nella medesima categoria.

Sembrerà sempre straordinario che un padre, o anche qualunque altro tutore, si renda

garante, ovvero imponga alla sua successione la garanzia di un vizio di forma in un atto il cui oggetto è l'esercizio di una beneficenza, allorchè questa beneficenza non possa, agli occhi della legge, esistere per un avvenimento che, secondo l'ordine delle cose, dee riguardarsi come indipendente dalla sua volontà: almeno in questo caso parrebbe doversi limitare la garanzia al rimborso delle spese e del costo dell'atto di donazione. E Toullier, pag. 217, dopo aver riportato quanto abbiamo detto contro la idea della garanzia, si esprime così » si può aggiungere che dee presumersi, che il tutore il quale, come ogni altro donante, può ritrattare la sua liberalità sino all'accettazione non abbia voluto prevenire il tutor surrogato ad accettare, ovvero far nominare un tutore, quando non vi fosse il surrogato, appunto perchè prima dell'accettazione egli avea cangiato consiglio. E chi potrebbe mai, dire che un tutore il quale oggi dona al suo pupillo, e che domani, o doman l'altro ritratti la sua donazione nel momento in cui il tutor surrogato ovvero un ascendente del pupillo si prepari ad accettare, sia responsabile del cangiamento della propria volontà? »

L'arresto però esiste, e desso è di qualche autorità, perchè pronunziato dalla sezione civile dopo lunga discussione. Non può contrastarsene l'applicazione sul pretesto di essersi pronunziato per una donazione fatta sotto l'ordinanza dell'1731; ed in fatti l'arresto è basato sulla disposizione dell'articolo 14 dell'ordinanza; ma cote sta disposizione è stata trasfusa nell'articolo 942 (682 ag.) del Codice.

Quindi anche nel caso della donazione fatta

da un padre tutore al suo figlio bisogna eseguire esattamente gli articoli 925 (842) e 463 (386) relativi alle donazioni fatte al minore da estranei. Noi abbiamo opinato che il tutore surrogato poteva accettare pel minore la donazione fattagli dal suo padre tutore, e Toullier pare che sia dello stesso avviso. Non pertanto secondo il rigore delle regole su tale materia potrebbe sembrare insufficiente cotesta forma di accettazione. Potrebbe dirsi che quando anche un minore sia provveduto di un tutore, questi non possa accettare egli solo pel minore, ma che debba farlo coll'autorizzazione del consiglio di famiglia: e perciò potrebbe conchiudersi che il tutore surrogato non abbia facoltà di accettare pel minore senza la stessa autorizzazione del consiglio di famiglia, perchè un tutore surrogato non può avere maggiore autorità, nè può fare pel minore più del tutore; anzi la sua autorità è più limitata. In somma sembra che quando la donazione è fatta da un padre tutore al suo figlio, l'accettazione, nel caso non esistano persone che possano accettare pel minore, giusta l'articolo 935 (859 rif.) dovrà essere preceduta da una deliberazione del consiglio di famiglia, che autorizzi il tutore surrogato ad accettare, ovvero che, in caso d'impedimento o di assenza del tutore surrogato, nomini un *tutore o un curatore ad hoc* per l'accettazione. Noi consigliamo a seguire questo sistema per procedere con sicurezza, affinchè il donante resti vincolato anche quando il minore donatario nol fosse per effetto di un beneficio di restituzione in intero, di cui potrebbe godere secondo le circostanze.

Addizione al num. 88. Vol. I. P. II. pag. 111. (Su le obbligazioni del donatario pel pagamento de' debiti.)

Il Toullier num. 817 e seg. fa alcune osservazioni su quanto abbiamo detto intorno a tale quistione. La sua opinione però in conchiusione non è contraria alla nostra: vi sono alcune leggiere diversità, ma queste svaniscono in pratica. Su tale quistione abbiamo manifestato le nostre idee nel Trattato delle ipoteche.

(Addizione al num. 107 in fine Vol. I. P. II. pag. 155). (Risguardante le disposizioni per titolo gratuito fatte da uno che sta sotto la dipendenza di un consulente giudiziario).

Indipendentemente dalla decisione della Corte reale di Aix, abbiamo osservato che la nostra opinione è stata confermata da molte altre decisioni, e particolarmente da una decisione della Corte reale di Orleans del 12 agosto 1819 confermativa di una sentenza del tribunale di Châteauechinon. Tale decisione trovasi nella collezione di Dalloz vol. del 1823 pag. 105, ed in essa si leggono delle osservazioni fatte nel medesimo senso dallo stesso Dalloz: e questo punto di diritto ci sembra tanto chiaro, che troviamo superfluo ogni nuova dissertazione sul proposito.

(Addizione al num. 117 Vol. I. P. II. pag. 173) (Intorno alla incapacità nascente dalla qualità di estero).

La legge del 14 luglio 1819 ha interamente cangiata cotesta materia. La detta legge ha ristabilita la legislazione relativa agli stranieri sul piede delle leggi del 1790 e del 1791, di cui abbiamo esposto lo scopo e le disposizioni nel discorso storico, sez. III § 3, salvo una importante modificazione stabilita coll' art. 2 di

detta legge. Basta rimettersi alla legge stessa ed all'importantissimo discorso pronunziato su tal proposito dal Conte Boissy d'Anglas alla camera de' pari, che aveva proposto la legge; non che ad un altro discorso pronunziato nella camera dei deputati dal Conte de Serre Guarda-sigilli. Questi discorsi sono riportati unitamente al testo della legge stessa nel 16.^o volume del Repertorio di Merlin all'Articolo *Erede* pag. 379. Si potran consultare anche utilmente le osservazioni sui cangiamenti prodotti da tale legge, fatti dal Barone Favard, nel suo Repertorio, articolo *Albinaggio*, sez. 1. n.^o 4. Tutto quello che abbiamo detto sarà sempre utile per lo tempo intermedio fra una legislazione ed un'altra. (a)

(Addizione al num. 126 Vol. I. P. II. pag. 180 Circa la incapacità nascente dalla qualità di medico o di cerusico).

Non pertanto un farmacista non dovrebbe esser compreso nel divieto, se egli si è limitato a somministrare i rimedj prescritti dai medici curanti. Ciò risulta dal ragionamento di un arresto della Corte di cassazione del 12 ottobre 1812 riportato nel Repertorio di Favard all'articolo *Donazione* tra vivi sez. 1, § 3. Non pertanto dallo stesso ragionamento si raccoglie che oltre a questo caso particolare, e secondo le circostanze, il farmacista potrebbe essere assimilato al medico. Nel tempo dell'arresto si presentò anche la quistione, se in quanto ai medici ed agli altri professori dell'arte salutare che avessero assistito l'infermo, la qualità di affine producesse lo stesso effetto che quella di parente.

(a) In fine di questo volume riporteremo l'articolo del Merlin.

Su la quistione, qual sia la sorte di una donazione contrattuale fatta da una donna che sposi il suo medico, e fra qual periodo debba esercitarsi l'azione di nullità che avesse luogo, si può consultare un arresto della corte di cassazione del 22 agosto 1822 inserito nel Repertorio di Favard, all'articolo *Donazione tra vivi* sez. 1. §. 3.

Addizione al num. 130 Vol. I. P. II. pag. 194. (Dell'effetto che dee avere un dono fatto ad un figlio adulterino riconosciuto coll'atto stesso di donazione dal donante, ovvero con atto anteriore alla disposizione).

130 bis. Dopo pubblicata la seconda edizione del presente trattato è sorta una quistione molto delicata, e sommamente importante: eccola. Se un individuo abbia fatto donazioni o legati in favore di figli adulterini od incestuosi, e riconosciuti tali o colla disposizione medesima, ovvero con atti anteriori a questa, dee oppur no, in ambi gli esposti casi, dichiararsi nulla la disposizione in favore degli eredi collaterali, sull'appoggio che essendo provata in modo certo ed autentico la paternità adulterina o incestuosa, sia evidente la incapacità del donatario o legatario di raccogliere la disposizione.

La giurisprudenza delle Corti del regno si è decisa per la efficacia della disposizione e per non tenersi conto del riconoscimento della paternità adulterina, o incestuosa, riconoscimento che dovea considerarsi come cancellato da qualunque atto lo contenesse, essendo ciò anche vietato dall'articolo 335 (258 ag.) del Codice civile, di

tal che non ostante il riconoscimento, il legatario, o donatario debb'essere considerato estraneo in rapporto all'autore della disposizione.

I principj di tale giurisprudenza sono esposti con precisione nella eccellente opera del signor Locré, Spirito del codice civile. Nel ricordare le osservazioni fatte dalle corti di appello sul progetto del Codice, egli dice che prevalse nel Consiglio di stato la opinione della Corte reale di *Lione*. L'articolo 335 (258 ag.) fu inserito nel Codice per impedire la confessione di una turpitudine, la manifestazione di un commercio vergognoso, e per rendere affatto inutile qualunque riconoscimento di simil natura che potesse farsi. Per effetto di questa misura il fatto della paternità non può mai, agli occhi della legge, esser dimostrato con riconoscimenti, o confessioni volontarie; e ciò non tanto per non autorizzare i figli ad una dimanda alimentare, quanto per non somministrare ai terzi il mezzo di far annullare le disposizioni fatte in favore di tai figli, la cui filiazione non ostante qualunque riconoscimento volontario dee rimanere incerto.

I soli casi in cui può opporsi la filiazione, tanto in vantaggio, quanto in pregiudizio del figlio, sono 1.° quello di un matrimonio contratto fra parenti in grado vietato in seguito dichiarato nullo per causa di parentela; 2.° quando il figlio è nato ad un secondo matrimonio contratto anteriormente allo scioglimento del primo; 3.° quando giusta l'articolo 312 (234 rif.) sia negata la paternità di un figlio nato durante il matrimonio; 4.° in caso di ratto seguito da gravidanza. (Son questi i casi ricordati nel numero precedente).

In tali diverse ipotesi la pruova della filiazione adulterina o incestuosa del figlio vien somministrata dalla sola forza delle cose senza indagini, e senza riconoscimento volontario. E a questa ipotesi soltanto sono applicabili gli articoli 762 (678) e 763 (679): questi sono evidentemente inapplicabili ai riconoscimenti volontarj proscritti formalmente dalla legge. Tale interpretazione è la sola ragionevole, e la sola che possa impedire le discussioni scandalose nascenti da riconoscimenti vergognosi di adulterj. Lo spirito della legge su di ciò corrisponde pienamente alla lettera della medesima.

La quistione surse, per la prima volta, in occasione di una donazione fatta da *Giovanni Lanchère* a tre individui che egli disse semplicemente esser *suoi figli naturali*. Egli diceva ancora che faceva tale donazione per dare ai suoi figli un attestato del suo tenero affetto, e che era quella la sua volontà. Era dimostrato, che il donante era legato in matrimonio nel tempo della nascita de' donatarj, o nel tempo della liberalità, di tal che, se costoro erano suoi figli naturali, dovevano essere considerati frutto dell'adulterio.

Gli eredi legittimi di *Giovanni Lanchère* impugnarono la donazione, che fu dichiarata valida con decisione della Corte reale di *Parigi* del 13 agosto 1812, la quale rinvocò la sentenza del tribunale di prima istanza. Il ricorso contro detta decisione fu rigettato dalla sezione civile della Corte di cassazione con arresto del 28 giugno 1815, pronunziato in seguito di doppia deliberazione. Tale arresto è riportato dal *Sirey* volume 15, parte 1. pag. 332.

Per servire alla brevità non parlo della di-

scussione che fu vivissima, come può ravvisarsi dal decisionista. Io riporterò soltanto i principali motivi dell'arresto, e ne alleggerò alcuni che riguardavano soltanto de' mezzi accessorj opposti dagli eredi *Lanchère*, e che non concernono il merito della quistione.

» Attesochè, giusta l'articolo 10 della legge del 12 brumajo anno 2.^o, lo stato de' figli riconosciuti, sotto l'impero di questa legge, da *Giovanni Lanchère*, e *Maria Batard* debb'essere regolato colle disposizioni del Codice civile, avendo *Giovanni Lanchère*, e *Maria Batard* sopravvissuto alla promulgazione del detto Codice ».

» Che perciò, non potendo lo stato de' figli naturali dipendere se non da riconoscimenti fatti da' loro genitori, i riconoscimenti sottoscritti da *Giovanni Lanchère* debbono essere regolati colle disposizioni dell'art. 335 (258) trattandosi di riconoscimenti di figli adulterini. »

» Che l'oggetto di detto articolo proclamato dagli oratori del Governo, e dagli oratori del Tribunato, è stato d'impedire, in grazia dei buoni costumi e del pudore sociale, tutti i riconoscimenti e confessioni volontarie de' delitti d'incesto e di adulterio, e di prevenire le discussioni scandalose cui potrebbero dar luogo tali vergognose rivelazioni. »

» E che perciò, quando tai riconoscimenti e confessioni volontarie sono state fatte in onta del divieto della legge, essi non sono efficaci. »

» Che le confessioni volontarie di una filiazione incestuosa o adulterina sono proscritte per le stesse ragioni, per cui son proscritti i riconoscimenti volontarj di una paternità adulterina od incestuosa, perchè offenderebbero i

buoni costumi, ed il pudore sociale, e darebbero luogo a discussioni scandalose; perlochè sono egualmente illecite. »

» Che d'altronde importerebbe indagare indirettamente della paternità, il rintracciare ne' fatti e negli atti la pruova della manifestazione di una filiazione adulterina, mentre gli articoli 340 (263) 342 (265) del Codice vietano formalmente ogni indagine di paternità, specialmente in materia di adulterio, e che secondo la disposizione generica de' detti due articoli la indagine non può raccogliersi nè contro nè in pro de' figli per dimostrare la loro filiazione.

» Che finalmente nella specie i fatti e gli atti che contengono la dichiarazione della vedova *Blanié*, e de' due suoi fratelli di esser essi figli adulterini di *Giovanni Lanchère*, non sono stati nè riconosciuti nè interpretati colla decisione impugnata; che la pruova dai medesimi risultante non è stata valutata nella detta decisione; e che non è nelle attribuzioni della Corte di cassazione di verificare i fatti, interpretare gli atti, o valutare le pruove che ne risultano. »

» Che dagli esposti motivi, segue necessariamente che l'arresto denunziato ha fatto una giust' applicazione dell' art. 10 della legge del 12 brumajo anno 2, e degli articoli 100 (105) 335 (258), 342 (265), da cui ha tratto giuste conseguenze, decidendo che malgrado tutti gli atti e le sentenze di rettifica interposte resta incerto lo stato della vedova *Blanié* e de' suoi fratelli, che agli occhi della legge essi sono estranei a *Giovanni Lanchère*; e che la incapacità nascente dagli art. 762 (678) e 908 (824) del Codice non è loro applicabile ».

» Che giudicando in tal modo la Corte non ha ecceduto i suoi poteri, e non ha violato le disposizioni degli art. 1350 (1304) 1351 (1305) e 1352 (1306) del Codice che non sono applicabili alla specie ».

La stessa quistione si è nuovamente presentata, ed è stata nel medesimo modo decisa dalla Corte di cassazione con arresto della sezione dei ricorsi degli 11 novembre 1819, che rigettò il ricorso contro una decisione della Corte reale di *Digione*. Veggasi *Sirey* vol. 20 par. 1. pag. 226. Può dirsi che precedentemente, e con arresto del 1 aprile 1818, la Corte di cassazione aveva confermata tale giurisprudenza, sul ricorso prodotto da collaterali, i quali pretendevano fondare una filiazione adulterina sopra diversi atti. Ci contentiamo di rinviare all'arresto riportato da *Sirey* vol. 18.

Non ostante una giurisprudenza cotanto consolidata, la quistione fu riprodotta nella Corte reale di *Riom* in udienza solenne. *Giacomo Terrasse* lungo il periodo di uno sterile matrimonio aveva procreati sette figli con una donna, *Giovanna Thuairé*. Di questi figli due non erano stati positivamente riconosciuti da *Giacomo Terrasse* per suoi figli; ma per cinque altri si erano redatti gli atti di nascita su la di lui propria dichiarazione; poichè egli stesso si era presentato all'uffiziale dello stato civile, si era dichiarato loro padre, ed aveva indicato per loro madre *Giovanna Thuairé*.

Dopo molte disposizioni successivamente fatte in favore tanto di *Giovanna Thuairé*, quanto dei figli, *Giacomo Terrasse*, con testamento del 16 novembre 1816, dispose di tutti i suoi

beni non solo in favore dei cinque figli che aveva formalmente riconosciuti, ma anche del sesto che si era presentato all'uffiziale dello stato civile, soltanto come figlio naturale di *Giovanna Thuairé*, mentre un'altro era morto poco dopo nato; ed in tal testamento caratterizzò tutti sei come *suoi figli*. Conservò alcune liberalità in favore di *Giovanna Thuairé*.

Gli eredi collaterali impugnarono il testamento, sostenendo che nella qualità di figli naturali adulterini, i legatarj erano incapaci a raccogliere le disposizioni. Il tribunal civile di *Ambert*, innanzi a cui fu portata la causa rigettò la dimanda degli eredi *Terrasse*, seguendo i principj adottati dalla Corte di cassazione. La sentenza fu confermata dalla Corte reale di *Riom* con decisione del 6 agosto 1821, che trovasi inserita nella collezione delle decisioni della detta Corte dell'anno 1821 pag. 526.

Per ben intendere la difficoltà cui può dar luogo la soggetta quistione giova sapere, che in appello, gli eredi collaterali aggiunsero sussidiariamente altri mezzi. Riguardo ai legatarj essi dicevano, che anche supponendo di non potersi considerare costoro come figli del testatore, le disposizioni doveano non pertanto esser annullate per mancanza di clausole, dappoichè si era disposto in loro favore soltanto per la loro qualità di figli del disponente: e riguardo alle liberalità in favore di *Giovanna Thuairé* personalmente, ne domandarono la nullità per esser costei la concubina del disponente; nè poteva di ciò dubitarsi poichè vi erano tanti figli naturali. Questi due mezzi, che potevano sembrare i più speciosi, furono colla decisione rigettati sempre per una con-

seguenza inevitabile del principio stabilito coll'art. 335 (258) del Codice civile il quale, ordinando di non fermarsi alla dichiarazione di figli naturali adulterini, cancellava tale macchia e la faceva svanire, tanto nel rapporto dei legatarj col testatore, quanto sott'ogni altro rapporto. La qualità di adulterino era inseparabile, e perciò non poteva esistere per niuna cosa, quando non poteva esistere sotto il punto importante.

Ecco la decisione col suo ragionamento.

» Per quanto concerne tutte le domande proposte innanzi ai primi giudici dagli eredi collaterali, contro i legatarj o eredi istituiti, la corte adotta i motivi enunciati nella sentenza appellata.»

» In quanto poi al nuovo mezzo proposto sussidiariamente dagli stessi eredi collaterali nelle loro conclusioni scritte, e sviluppate nell'arringo; mezzo che essi traggono dalla circostanza che le disposizioni testamentarie del defunto *Giacomo Terrasse*, sarebbero viziose com'effetto dell'errore di una falsa causa.»

» Considerando che le disposizioni fatte da *Giacomo Terrasse* non possono imputarsi ad errore, perchè vi sono esattamente enunciati coloro a cui son fatte; e la loro identità coi legatarj od eredi istituiti non può dar luogo a dubbio, anche perchè non è affatto impugnata.»

» Che quanto all'errore che si vorrebbe indurre su la qualità relativa alla nascita, è impossibile di sostenere che la qualità di figlio del disponente, da costui attribuita a coloro in cui favore ha disposto, sia stato l'unico motivo, la causa impellente e finale delle disposizioni.»

» Che la qualità di figli attribuita da *Giacomo Terrasse* a causa della sua posizione, essendo

egli maritato, debb'essere considerato come non iscritta, come non avvenuta, del pari gli atti di riconoscimento di cui tale qualità era una conseguenza, e che le disposizioni dovevano sussistere, di tal che questo mezzo sussidiario ricade nei mezzi opposti dagli eredi collaterali, i quali sono stati con ragione rigettati dai primi giudici. »

» In rapporto alle conclusioni degli eredi collaterali date e sviluppate all'udienza dai medesimi eredi collaterali contro *Giovanna Thuaire* sull'appoggio che essa doveva esser considerata la concubina di *Giacomo Terrasse*, e che tale qualità vizierebbe le disposizioni fatte particolarmente in di lui favore. »

» Considerando che il concubinato non potrebbe esistere nè esser dichiarato senza riattaccarlo ad una paternità adulterina che la legge vieta di ricordare, e che covre di un velo che non permette di squarciare. »

» Che perciò non può rimanere tra *Giovanna Thuaire* ed i legatarj od eredi istituiti altro rapporto se non quello di madre naturale, e di figli naturali, senza riguardo alcuno a qualunque commercio, e ad ogni paternità adulterina, di tal che cotesti mezzi e conclusioni ricadono anche nei mezzi opposti dagli eredi collaterali innanzi ai primi giudici, i quali, seguendo la disposizione imperativa della legge, li han dovuto rigettare. »

» Considerando d'altronde, che supponendo potersi, col mezzo tratto dal concubinato, viziare le disposizioni particolari fatte da *Giacomo Terrasse* a *Giovanna Thuaire*, il risultato della nullità potrebbe tornare in pro dei legatarj, poichè si è sostenuta la loro qualità di legatarj

od eredi universali del defunto *Giacomo Terrasse*, e che lo stesso in alcuni de' suoi testamenti, specialmente nell'ultimo del 16 novembre 1816 ha espresso la volontà che in ogni caso i legatarj fossero preferiti agli eredi del sangue. »

» Per tali motivi la Corte, senza arrestarsi, e senza tener conto de' nuovi mezzi, e delle conclusioni sussidiarie prodotte in appello dagli eredi collaterali, dichiara essersi ben giudicato, ec. »

Finalmente la quistione stessa è nuovamente sorta ed è stata decisa nel modo medesimo dalla sezione civile della Corte di cassazione nel 9 marzo 1824. Veggasi Sirey vol. 24, par. 1, pag. 118; ed il Bullettino di detta corte del 1824 num. 3 pag. 83. Giova riportare testualmente questo arresto, perchè ragionato con forza e brevità, ed è il riassunto esatto e preciso di principj su cui abbiamo fondata la discussione della quistione.

La Corte: veduto l'art. 10 della legge del 12 brumajo anno 2: veduto anche l'art. 335 (258) del codice, veduti finalmente gli articoli 762 (678), 903 (824), 911 (827) dello stesso codice. »

» Considerando che *Cristofaro Bataille* ha sopravvissuto alla pubblicazione del Codice civile, essendo cessato di vivere nel febbrajo del 1820; e che perciò lo stato ed i diritti di *Gengout* debbono essere regolati colle disposizioni del codice. »

Considerando che l'articolo 335 (258) del detto Codice vieta in termini generali ed assoluti il riconoscimento dei figli adulterini ed incestuosi; che secondo tale assoluto divieto, cui

scopo è di prevenire le rivelazioni scandalose d'incesto e di adulterio, la nullità di tai riconoscimenti li rende affatto inefficaci; che gli art. 340 (263) e 342 (265) formalmente vietano ogni indagine su la paternità, specialmente in fatto di adulterio; che secondo la generica disposizione di cotesti articoli la indagine non può farsi nè contro, nè in pro dei figli, ad oggetto di dimostrare la loro filiazione, specialmente nel caso in cui secondo l'art. 335 (258) è vietato il riconoscimento. »

» Considerando che l'art. 762 (678) è applicabile alle specie in cui la prova della filiazione adulterina od incestuosa siasi procurata in giudizio per virtù della cosa, e di sentenza; che il detto articolo non può affatto applicarsi al caso di un semplice riconoscimento, che la legge proscrive in modo assoluto, e di cui, come nella specie, il figlio ribatte con tutte le sue forze gli effetti; che in conseguenza, nel soggetto caso, non ostante il riconoscimento di *Bataille*, lo stato di *Gengout* è rimasto incerto; che perciò *Gengout* è stato, secondo la legge, estraneo pel detto *Bataille*, e sotto questo rapporto ha dovuto esser riguardato come capace di ricevere i doni e le liberalità dirette od indirette a lui fatte; che altrimenti decidendo la corte di *Nancy* ha falsamente applicato gli art. 762 (678), 908 (824) e 911 (827), del Codice civile, e violato l'art. 10 della legge del 12 brumajo anno 2, e l'art. 335 (258) dello stesso Codice: CASSA ec. »

Dopo tante decisioni tutte uniformi e così stringentemente ragionate si dee presumere che la quistione non sorgerà più.

Allorchè si compilava il Codice civile avrebbe potuto forse giustamente dubitarsi se fosse regolare di sanzionare le disposizioni contenute nell'art. 335 (258). Certamente l'uomo che si rende colpevole di adulterio commette un fallo gravissimo, che lo rende biasimevole; ma conveniva forse di soffocare i sentimenti che sorgevano in favore dell'individuo che traeva la sua esistenza da un commercio illecito, da un commercio anche adulterino? perchè privarlo del vantaggio di una confessione strappata dal grido della coscienza a colui, che nell'accusarsi anche di un grave fallo crede poterlo riparare per quanto è possibile, mostrando al fanciullo, per lenire la sventura della sua nascita, qual sia l'autore de' suoi giorni per assicurargli in tal modo almeno gli alimenti? Qualunque partito abbia potuto prendere il legislatore non si può in molti casi impedire sì fatte rivelazioni. Noi ne abbiamo esposto degli esempi. D'altronde è facile avvertire il grande inconveniente, che nasce dalla disposizione dell'art. 335 (258), poichè a malgrado la ingenuità di una confessione che scappa ad un padre, qualunque sieno i rimproveri che possa farsi, e per virtù di una finzione che fa riguardare tale confessione come non fatta, e come non aver lordato alcun atto, i figli naturali adulterini od incestuosi divengono capaci di ricevere delle disposizioni anche le più considerevoli, come se fossero legittimi.

Ma essendosi adottate le disposizioni dell'art. 335 (258), le cui conseguenze sono inevitabili come sono precise le sue disposizioni, la Corte di cassazione ha necessariamente dovuto ammettere tali conseguenze: e siccome è nello spi-

rito della istituzione di questa Corte il rendere uniforme, colle sue decisioni, il modo d'interpretare e di applicare le leggi, così allorchè tali decisioni hanno per lo numero acquistato un carattere di fermezza, i magistrati debbono cedere alla giurisprudenza della Corte di cassazione, egualmente che alla legge stessa di cui forma il compimento. Cotesli sentimenti animavano i membri della corte reale di *Riom* nel tempo della deliberazione, che produsse la decisione del 6 agosto 1821 (a).

(a) Fa molto peso certamente l'autorità delle decisioni pronunziate dai tribunali francesi su la quistione relativa alla efficacia delle donazioni fatte dai genitori naturali di figli nati da unioni condannate, tanto più che i ragionamenti da cui vengono sostenute han per guida principj veri di diritto. Non pertanto, per quanto grave possa essere l'autorità di cotesli ragionamenti, essi non sembrano decisivi; che anzi potrebbero esser controbilanciati e con preponderanza ancora, da opposte ragioni sostenute anche da principj cardinali della soggetta materia.

In fatto di figli naturali dispone la legge, che questi possano essere riconosciuti, eccetto quando sieno adulterini o incestuosi, o nati da altri congiungimenti condannati; che i figli naturali riconosciuti han diritto alla metà di quello è accordato ai figli legittimi; che gli adulterini, gl'incestuosi e quelli nati da altre condannate unioni han diritto agli alimenti soltanto; che i figli naturali in genere (fra quali debbono comprendersi anche gli adulterini, gli incestuosi, e gli altri nati da condannate unioni) non possono ricevere nè per atti tra vivi nè per testamento più di quello vien loro attribuito dalla legge. Sono questi i principj generali che si raccolgono dall'insieme degli art. 251, 258, 678, e 824 delle Leggi civili; e che sono conformi a quelli sanzionati negli art. 335, 556, 908 del Codice civile. Dai medesimi, risulta chiaramente che i figli nati da condannate unioni sono incapaci di ri-

Il fin quì detto intorno allo straniero, riceve forti modificazioni dopo la legge del 14 luglio 1819 di cui abbiamo fatto parola nel num. 117.

cevere la successione de'loro genitori, del pari che di raccogliere da medesimi qualunque liberalità per atto tra vivi o per testamento: e questa incapacità vuol essere rispettata, ed osservata.

Il togliere di mezzo la dichiarazione della nascita di un figlio da condannato congiungimento, non è un espediente legale: se la legge vieta il riconoscimento di cotesli figliuoli, ciò importa che la dichiarazione del genitore, ove esista, non produca gli effetti che produrrebbe in favore di un semplice figlio naturale, di raccogliere cioè la metà della legittima; ma non importa che debba considerarsi inesistente il fatto che dichiara la origine del figlio, la quale lo rende incapace a raccogliere qualunque liberalità che ecceda i semplici alimenti. Il togliere di mezzo assolutamente questo fatto, per considerare il figlio come estraneo, importerebbe rendere inefficace la disposizione dell'art. 824 che dichiara i figli naturali incapaci di ricevere oltre quello è loro tassativamente accordato dalla legge; e quel che sarebbe, più strano ancora, è che i figli nati da congiungimenti condannati godrebbero del vantaggio di raccogliere, con atto di liberalità, la intera eredità del genitore, mentre ciò non potrebbero mai ottenere i figli naturali semplici, il cui riconoscimento, poichè ammesso dalla legge, non darebbe loro altro diritto che alla metà della riserva de' figli legittimi. Per tal modo si accorderebbero effetti maggiori alla pena minore, e vice versa: nulla di più assurdo di questa conseguenza.

Egli è pur vero che sono vietate le indagini su la paternità, specialmente ancora quando queste risguardino la turpitudine nascente dall'incesto o dall'adulterio: ma non è indagare della paternità, quando al figlio si oppone un fatto esistente, qualunque sia l'atto da cui sorga, e che egli non impugna; fatto i cui effetti son pur dalla legge diffiniti,

Addizione al num. 136 dopo la 3.^a ipotesi, pag. 208.
(Su le donazioni fatte a persone interposte).

Riguardo alla prima ipotesi non può dubitarsi della nullità della disposizione. Ed in vero, come abbiamo più volte avuto occasione di dire, il semplice fedecommesso non è vietato; la sola sostituzione fedecommissaria propriamente detta, è vietata; e tale sostituzione esiste solo quando vi concorrano cumulativamente le due condizioni di conservare e di restituire; come risulta dall'art. 896 (941) del Codice. Ma è facile il ravvisare che, nel soggetto caso, il fedecommesso qualunque semplice sarebbe nullo, perchè la disposizione fatta sotto forma di fedecommesso, sarebbe diretta a gratificare l'incapace di ricevere, ed eludere apertamente la legge. L'art. 894 (814) è anche estraneo alla disposizione fatta con fedecommesso semplice, nel caso particolare; La nullità nasce unicamente dalla incapacità di colui che si vorrebbe farne profittare.

ed ove esso non esistesse, il figlio niuna pretesione potrebbe affacciare nè contro ai genitori, nè su la eredità degli stessi per ottenere gli alimenti.

La legge non ha diffinito i casi in cui possa trarsi profitto o aversi per inconsistente la pruova della nascita. Il nostro autore la limita ai soli fatti necessarj e n'esclude i voluntarj; ma questa distinzione potrebbe sembrare non interamente legale.

Da ciò sembra doversi conchiudere che nella esistenza di una valida dichiarazione della paternità o maternità di un figlio nato da incesto, adulterio, o altro condannato congiungimento, non possa questo togliersi di mezzo per distruggere la incapacità contro di lui pronunziata dalla legge, di ricevere da genitori più di quello è loro dovuto per la legge stessa. Abbiamo detto ciò nella idea che ove si riproduca la quistione sia sommersa a più profonda discussione.

(Addizione al num. 138 Vol. I. P. II pag. 210. Nuove quistioni in proposito della capacità necessaria nel donatario nel tempo della donazione o anche dell'accettazione quando questa si faccia con atto separato.)

138 bis. Dobbiamo confessare che nel numero precedente, ci siamo espressi con molta brevità: possono sorgere sul proposito alcune quistioni, che essendo interessanti giova prevedere e discutere.

Non si rinvoca in dubbio che il donante dee esser capace nel tempo della donazione: ciò è evidente, e non ha bisogno di dimostrazione. È del pari certo ch'egli debb'esser capace nel tempo dell'accettazione, perchè, dice Toullier, *sulle Donazioni num. 96*, se il donante capace nel tempo della donazione divenisse incapace prima dell'accettazione, la donazione non potrebbe più accettarsi, perchè dessa riceve la sua perfezione nel momento dell'accettazione, momento in cui le due volontà non potrebbero concorrere. E pei medesimi motivi, se il donatario era capace nel tempo della donazione, ed incapace nel tempo della accettazione, è anche evidente che l'accettazione sarebbe nulla e senza effetto.

Ma la quistione essenziale però è di sapere se il donatario capace nel tempo dell'accettazione abbia dovuto esserlo necessariamente anche in tempo della donazione. Toullier sembra opinare che la capacità del donatario nel tempo della donazione non sia necessaria, e che basti la capacità nel tempo dell'accettazione. Avendo, egli dice, il donante perseverato nella stessa volontà senza revocarla, sembra che la donazione sia valida perchè concorrono le due volontà nel tempo dell'accettazione.

Il signor Demantes però, professore di di-

ritto nella facoltà di *Parigi* in una dissertazione che si trova nella collezione intitolata *La Temi* ossia *Biblioteca del giureconsulto* tom. 7, fascicolo 7, del 1825 pag. 371, decide la quistione più assertivamente, e la tratta con maggior diffusione e solidamente: egli parte dalla idea che fino all' accettazione, la donazione è un semplice progetto. In fatti, osserviamo che Furgole in molti passi e specialmente nella quistione 5, su le donazioni, num. 6, chiama *semplice progetto* la donazione finchè non sia accettata. Nel num. 9 dice, che la donazione acquista forza dal momento dell' accettazione, e nel num. 7, che la semplice promessa non seguita da accettazione non produce alcun' azione, anche per diritto naturale. Partendo da ciò, Demantes trae facilmente e con sicurezza la conseguenza che la sola accettazione forma il contratto da parte del donatario, che tale accettazione sola gli applica gli effetti della donazione la quale fino a quel punto era per lui un atto estraneo.

Non esitiamo quindi a rettificare l' equivoco che può incontrarsi nel numero precedente in cui abbiamo detto che chi dona, e chi riceve del dono debbon essere rispettivamente capaci nel tempo della donazione, ed anche dell' accettazione, se questa si faccia con atto posteriore alla donazione. Il donante dee esser capace nei due tempi della donazione e dell' accettazione. Il donatario dee esser capace soltanto nel tempo dell' accettazione.

La decisione di questa prima quistione ci mena all' esame di una seconda, che pare più delicata. Il donatario debb'esser concepito nel tempo della donazione, ovvero basta che lo sia nel tempo dell' accettazione, quando questa sia fatta con atto separato

dall'atto di donazione? Il signor Demantes opina che basti esser concepito nel tempo dell' accettazione; e crediamo dover seguire cotesta opinione, che riguardiamo come giusta conseguenza della decisione della precedente quistione. Su le prime potrebbe credersi secondo l' art. 906 (822 ag.) del Codice che il donatario debb'esser concepito nel tempo della donazione. In fatti si dice in detto articolo: Per essere capace di ricevere tra vivi basta esser concepito nel tempo della donazione. Ma bisogna osservare che il legislatore ha supposto in questo articolo, che l' accettazione sia fatta nell' atto di donazione; ed in questo caso è chiaro che il fatto del concepimento deve allora esistere. Senza questo fatto è inconcepibile un contratto tra il donante ed il donatario; mentre manca il donatario. Ma sopravvenendo l' accettazione pria di revocarsi la donazione, e presumendo che il donante persista nella sua volontà di donare fino all' accettazione (ove le cose sieno integre) l' accettazione forma il contratto ed obbliga il donante ed il donatario egualmente; vi è il concorso delle volontà, e, come osserva benissimo Demantes, non mai si potrà dire che la volontà da cui ebbe origine il diritto siasi fondata per alcun poco sul nulla.

Demantes esamina la quistione se la doppia capacità richiesta nel tempo dell' accettazione debba esistere anche nel tempo della notificazione della medesima; notificazione prescritta dall' art. 932 (856) del Codice. Egli opina per la negativa.

Non si può se non approvare tale soluzione. L' accettazione perfeziona la donazione, nel rapporto della formazione del contratto. Dal momento di tale accettazione vi è il concorso delle volontà.

Quindi per la validità del contratto basta che il donante sia stato capace ne' due tempi della donazione, e dell' accettazione. La notificazione richiesta ora dal Codice civile è una formalità prescritta solo per far noto al donante la esistenza legale del contratto, e per manifestargli che egli rimane obbligato. La esistenza legale però è indipendente dalla notificazione.

Due conseguenze si traggono anche da ciò, secondo la opinione di Demantes: la prima è che la notificazione dell' accettazione non può farsi dagli eredi di colui che sia morto dopo di aver accettato; ma bisogna sempre che sia fatta vivente il donante, perchè, al dire di Furgol, *quis. 5. num. 21.* e seguenti, in quanto all' accettazione, e che può valere anche per la notificazione introdotta dal Codice, la volontà del donante si estingue colla morte la quale produce una tacita revocazione al progetto di donare.

La seconda conseguenza è, che nel caso in cui dopo l' accettazione fosse sopraggiunta una incapacità nella persona del donante (intendiamo parlare dell' incapacità di fatto, diversa dallo stato di morte civile o di privazione di dritti civili in virtù di condanna giudiziaria) la notificazione potrebbe farsi utilmente ai legittimi rappresentanti o consulenti dell' incapace, che sia interdetto o prodigo o una donna maritata. L' oggetto della notificazione sarebbe d' impedire che i beni donati fossero alienati dopo il cambiamento di stato del donante. (a)

(a) Tra noi, poichè non vi è confisca nè morte civile, la notificazione potrebbe farsi regolarmente anche agli eredi del condannato all' ergastolo.

Addizione al num. 147 Vol. I. P. II. pag. 245 (Continuazione di ciò che riguarda il caso di violenza esercitata al testatore.)

147 bis. Dobbiamo osservare che la riportata decisione della Corte di *Torino* del 23 aprile 1808 fu seguita da un giuramento de' coniugi *Formica*, e che dietro tal giuramento la Corte nel 30 marzo 1809 aggiudicò alla vedova *Buscaglione* i danni ed interessi per la privazione dei legati che il testatore avea intenzione di fare, e da cui lo aveano distolto i detti coniugi. Questa seconda decisione è stata cassata nell' interesse della legge, su la domanda del Procurator generale, con arresto del 18 febbrajo 1813 riportato da Denèvers vol. 13. pag. 190. Per ben intendere lo stato della soggetta quistione giova ponderare in un modo positivo ciò che è stato deciso coll' arresto della Corte di cassazione.

Quali erano i fatti su cui cadeva il giuramento decisorio riferito agli eredi *Buscaglione* dalla vedova che credeva, dopo tal giuramento, inutile qualunque pruova testimoniale? I fatti erano che » il signor *Buscaglione* alcuni giorni pria di morire dichiarò alla moglie, ai coniugi *Formica* di lui genero e figlia, ed a due altre persone ch' erano presenti la sua *precisa e costante intenzione di testare* e di legare alla moglie una pensione vitalizia di 400 franchi, oltre un capitale disponibile di mille franchi, ed altri franchi 1500 a ciascuno delle di lei figlie del primo letto; che i coniugi *Formica* aveano dissuaso il signor *Buscaglione* dal testare assicurando che sarebbe stato una spesa inutile, mentre essi avrebbero eseguito la sua volontà come se fosse inscritta

nel testamento, e protestandogli inoltre che l'avrebbero adempito tanto più fedelmente in quanto che si credevano più fortemente obbligati dalle loro promesse; che finalmente dopo la morte del signor *Buscaglione* i coniugi *Formica* aveano detto a molte persone ch'essi erano obbligati a cotesti legati e che li soddisfarebbero ».

Il giuramento dato in virtù della decisione del 23 aprile 1818 era ben diverso da quello che si era deferito, e di cui abbiamo riportato i termini. I coniugi *Formica* non erano di accordo su i fatti che formavano l'oggetto del giuramento; d'altronde la signora *Formica* che era erede del defunto vi fece notabili restrizioni; essa non negò che il di lei genitore aveva manifestata la volontà di far dei legati alla moglie ed alle due di lei figliuole; confessò ancora di aver promesso di soddisfarli, quantunque non fatti nelle forme legali; ma ella sostenne che il di lei genitore ebbe intenzione di far tai legati, ed ella avea promesso di adempirli, *nel caso che i fondi necessari si trovassero nella successione nel tempo della morte del testatore, che non ESSENDOSI TROVATI TAI FONDI NELLA SUCCESSIONE i legati dovevano considerarsi come non fatti.*

La diversità fra questo ed il giuramento deferito fece cangiar lo stato della causa, intorno alla decisione che dovea prendersi. Una quistione che dipendeva da valutazione di fatti prese l'aspetto di una quistione di diritto. Non ostante tal cangiamento la corte di *Turino* colla seconda decisione del 30 marzo 1809 pronunziò la condanna ai danni-interessi per la privazione dei legati; e dee convenirsi che tale condanna po-

teva esser fortemente contraddetta, poichè i fatti giurati eran diversi da quelli su cui doveva cadere il giuramento decisorio deferito. Un'altra irregolarità si osserva nella seconda decisione: sembra aver essa giudicato che la dichiarazione fatta dai coniugi *Formica* sotto la santità del giuramento potesse scindersi; la qual cosa è contraria agli art. 1356 (1310) e 1363 (1317) del Codice civile.

Quantunque però la Corte di cassazione col suo arresto del 18 febbrajo 1813 abbia cassato direttamente il solo secondo arresto della Corte di *Turino* del 30 marzo 1809, si ravvisa nondimeno che la detta Corte ha inteso censurare del pari la prima decisione del 23 aprile 1808. La Corte appoggia tale censura riportandosi alla requisitoria » Atteso che la decisione del 23 aprile 1808, nel deferire il giuramento decisorio ai coniugi *Formica* su i fatti articolati dalla vedova *Buscaglione*, ha deciso che le promesse fatte dagli eredi presuntivi, di soddisfare i legati che il loro autore avea dichiarato voler scrivere nel suo testamento, dee dar luogo all'azione di danni-interessi contro gli eredi, per una somma eguale al valore presunto dei legati, qualora non adempiano questi. Atteso che tale decisione, la quale dà ad un semplice discorso la forza di costituire i legati, introduce un mezzo indiretto di rendere efficaci dei testamenti verbali sforniti di ogni formalità prescritta dal Codice ».

Ma l'arresto del 23 aprile 1808 meritava censura? Non trattavasi di render efficace un testamento verbale; mentre si conveniva di non esservi testamento. La quistione consisteva; se il non avere il signor *Buscaglione* fatto il te-

stamento, che avesse contenuto le disposizioni espresse nella decisione, fosse stata la conseguenza della promessa positiva fatta da conjugi *Formica* di eseguire le disposizioni che il sig. *Buscaglione* voleva fare; se tale promessa aveva essa sola impedita la esistenza del testamento; se essendo fatta con tutte le proteste di buona fede, con tutte le apparenze di virtù capaci a sedurre il cuore di un padre confidente, e che era disposto a rispettare la purità dei sentimenti manifestatigli, doveva riconoscersi in tutto ciò un *artificio* con cui si era impedito la fazione di un testamento.

È chiaro che la decisione del 30 marzo 1809 è stata ragionevolmente cassata perchè aveva pregiudicato che i giuramenti decisorj deferiti dalla vedova *Buscaglione* *potevano scindersi*. Ma era necessario rimontare alla decisione del 23 aprile 1808 e diroccare anche le sue disposizioni? Quel che può presentare i più serj dubbj su di ciò, è la possibile supposizione che la vedova *Buscaglione* avesse provato con testimonj i fatti articolati e che abbiamo cennati, ovvero che i conjugi *Formica* avessero confessato per effetto del giuramento loro deferito, tutti i fatti esattamente e senza alcuna restrizione. Or in questa ipotesi si avrebbe potuto con ragione censurare l'arresto del 23 aprile 1808 e distruggerne gli effetti? Par che ciò non possa sostenersi. Tale decisione potea dunque esser valutata per se stessa indipendentemente da quella del 30 marzo 1809.

Raccogliendo le sparse idee, e facendo astrazione da ogni circostanza che possa presentare ombre di differenza fra le decisioni, quella del 23

aprile 1808 ha ritenuto per principio che per pronunziare una condanna di danni-interessi proporzionati ai legati che avrebbe contenuto il testamento dalla cui fazione è stato distolto il testatore, non è necessario che l'ostacolo frapposto per non farsi il testamento fosse l'effetto della violenza fisica, o di vie di fatto; ma che basta che il defunto non abbia potuto testare secondo la sua volontà per effetto di qualunque *violenza morale, mezzo astuto o artificio, malizioso o ingannatore*. Or questo principio ci sembra incontrastabile, e debbono far impressione i motivi saggi che dettarono le decisioni e la sana erudizione su cui è basata.

Addizione al num. 148 Vol. I. P. II. pag. 252 (Nuovi arresti ed osservazioni circa la nullità di una disposizione per causa di concubinato.)

148 bis. Merlin nel suo Repertorio tom. 16 che serve di supplimento alla terza edizione, sotto l'articolo *Concubinato* num. 3, ha fatto una piena discussione di tale materia. Alle decisioni da noi citate egli ne aggiunge altre pronunziate dopo la pubblicazione del nostro trattato, e da quanto egli dice si trae la conseguenza che secondo i principj del Codice, non si possa impugnare una disposizione per causa di concubinato.

Non pertanto giova fare qualche altra osservazione per ben intender ed applicare con esattezza tale proposizione. Se non esiste alcuna pruova del commercio illecito tra il disponente e la persona in favor della quale si è disposto; se si vuol dimostrare soltanto cotesto commercio illecito per mezzo di testimonj, onde giungere a far annullare la disposizione; tai pruove non pos-