

PROVINCIALE

Ente

D'Errico

3969

MATERA

L. STIGLIANI,

TRATTATO
DELLE
DONAZIONI, DEI TESTAMENTI,
E DI OGNI ALTRA DISPOSIZIONE
A TITOLO GRATUITO.

2605

TRATTATO

DELLE

DONAZIONI, DE' TESTAMENTI,
E DI OGNI ALTRA DISPOSIZIONE A TITOLO GRATUITO
SECONDO I PRINCIPI DEL CODICE CIVILE

PRECEDUTO DA UN DISCORSO STORICO SU L'ANTICA LEGISLAZIONE PER TAL
MATERIA; CON LA GIUNTA DI UN TRATTATO SU L'ADOZIONE E LA
TUTELA UFFIZIOSA, CUI PRECEDE UN DISCORSO STORICO SU L'ADOZIONE

DEL SIG. BARONE GRENIER

VERSIONE ITALIANA

DEL SIG. FORTUNATO CAFARO

SU LA SECONDA EDIZIONE FRANCESE

Cui si sono aggiunte delle note intorno alle disposizioni delle Leggi
Civili ed alla giurisprudenza del regno delle due Sicilie.

VOL. I. PAR. I.



NAPOLI, 1824.

DALLA TIPOGRAFIA DI R. MAROTTA VANSPANDOCH & COMP.
Largo S. Marcellino N.° 2.

AVVERTIMENTI.

Le note segnate con cifre numeriche sono dell'autore dell'opera.

Quelle segnate con lettere alfabetiche sono del traduttore.

La corrispondenza delle citazioni degli articoli del Codice civile, con quelli delle Leggi civili del Regno delle due Sicilie, sarà indicata, riportando in continuazione dei primi, i secondi articoli racchiusi tra una parentesi, ed in carattere corsivo. Ciò si praticherà soltanto quando gli articoli si corrispondono esattamente: qualora vi sia qualche varietà, sarà questa indicata con note.

Si avrà cura finalmente d'indicare i luoghi dell'altro trattato su le Ipoteche, dello stesso autore, in cui vi sia qualche cosa, che interessi la materia delle donazioni e dei testamenti.

F. Lafaro

AVVERTIMENTO

DELL' AUTORE.

Non può disconvenirsi, che sommamente utile sarebbe un trattato particolare sopra ciascuna materia del Codice civile, o almeno sopra le più essenziali. Dopo avere studiato il testo del Codice; dopo essersi internato dello spirito, che ne ha regolata la redazione, in un' opera, come quella del sig. Locré, segretario generale del consiglio di stato, intitolata Spirito del Codice civile; opera veramente pregevole per lo spirito eminente di analisi, e la quale sarà preziosa anche come monumento storico della nostra legislazione; verrebbe taluno a consolidare le sue cognizioni, sopra ciascun titolo in particolare, collo studio di un trattato, che, partendo dalla teorica, guidasse direttamente all' applicazione, di essa indicandone da prima le conseguenze le più immediate, ed in seguito le più remote.

Del pari sotto l' antica legislazione, non bastava di internarsi delle leggi romane, od almeno del metodico ed ingegnoso estratto, che

ne ha fatto Domat, nella sua immortale opera delle Leggi Civili, (alla quale null'altro si è potuto rimproverare se non la sua stessa perfezione e grande utilità; perchè temevasi che favorisse l'accidia, mentre in fatto moltissimi, troppo leggiermente, aveano creduto potersi dispensare dallo studio delle leggi nel loro proprio testo); ma era indispensabile di leggere i migliori trattati su le diverse parti del diritto.

Quando all'anticipata esperienza che in tai trattati si acquistava, riunivasi l'esperienza personale, frutto del tempo e della pratica, allora poteva taluno lusingarsi non solamente di esser dotto, (lo che in ogni professione od arte non basta certamente) ma benanche di essere addivenuto abile. Allora soltanto poteva applicarglisi quel carattere, che Marziale, in uno de' suoi versi, appropriò ad un giureconsulto del suo tempo, e che io ho veduto applicare ad antichi e celebri avvocati, svestendolo di ogni idea di satira.

Jure madens, varioque togae limatus in usu.
Lib. 7. Epigr. 50.

La materia dell'opera che io presento al pubblico è incontrastabilmente una delle più importanti della nostra legislazione civile. Io ne concepì la idea, allorchè, in qualità di membro del tribunato e di segretario della sezione di legislazione, mi trovai nel caso di mettere in iscritto, secondo quel che in essa determinavasi, le osservazioni che tale sezione dovea inviare al governo, sul progetto di

legge a lei rimesso, intorno alle donazioni ed ai testamenti. (*)

Obbligato di esaminare più da vicino le disposizioni del progetto, io mi convinsi, soprattutto nel compararle colla nostra antica legislazione, che quantunque quel progetto potesse contenere il principio di soluzione delle quistioni, che potevano sorgere, egli era non pertanto suscettibile di sviluppo. Io fui convinto, che tale sviluppo poteva essere utile non solamente ai giovani, che si destinano allo studio della legge, ma benanche alle persone già esercitate, le quali non aveano potuto esser presenti alle discussioni.

Non senza ragione ho preferito la forma del trattato a quella del comentario. Sotto la forma del trattato, che d'altronde è la più penosa, si penetra più addentro nella materia, che vuolsi meglio possedere. Havvi un ordine, il cui risultamento dee sempre essere la esposizione de' principj, e la deduzione

(*) Il sig. Siméon, oggi consigliere di stato, era allora presidente della sezione di legislazione del tribunato. Il sig. Faure, che lo è attualmente, ed io n'eravamo i segretarij. Le osservazioni della sezione, sopra ciascun titolo del Codice civile, sono state redatte da noi due alternativamente. Tali osservazioni sono state letteralmente trascritte in una raccolta intitolata, *Conferenze sul Codice civile colla discussione particolare del Consiglio di stato e del Tribunato, precedente alla redazione definitiva di ciascun progetto di legge*. Quest'opera veramente utile, la quale è il prodotto di un bello ingegno, è stata impressa a Parigi da Firmano Didot. (La presente nota è stata scritta quando l'opera uscì alla luce nel 1806.)

immediata delle conseguenze: e questo ravvicinamento è il mezzo più adattato ad insinuare la dottrina. Per contrario, in un commento si è quasi sempre forzato a diffondersi sopra ciascuno degli articoli, che si comentano, senza poter fare avvertire perfettamente il nesso, che ha coi principj stabiliti negli altri. Un commento può essere più comodo per coloro i quali vogliano soltanto esaminare di passaggio alcune quistioni: ma chi ha la pazienza di studiare un'opera didattica ne ritrae sempre maggior profitto. Egli si rende padrone dell'insieme dell'oggetto di essa; apprende di più, e con miglior successo.

Le dotte opere di Ricard e di Furgole saranno sempre vasti e preziosi depositi di cognizioni, non solamente intorno alle donazioni ed ai testamenti, ma benanche intorno a tutte le altre specie di disposizioni a titolo gratuito, che essi han trattate con tutta la latitudine, di cui questa materia era allora capace.

Ma senza entrar qui nell'esame del merito particolare di ciascuno di questi giureconsulti; de' quali convien parlare con sommo rispetto, essendo due grandi maestri; io credo poter dire che oggi le loro opere non offrono più le stesse risorse come nell'antica legislazione, su cui versano. Ognuno ha facilmente avvertito quanto poteva essere utile, soprattutto pei tironi, un'opera elementare, nella quale, restringendo la materia tra giusti limiti, vale a dire, a quel che ora è interessante di sapere, si esponessero i cambiamenti considerevoli, che risultano dalla

novella legislazione; e nel tempo stesso si presentassero le soluzioni delle quistioni essenziali, che possono ancora sorgere sotto questa stessa legislazione, e sopra le quali i nominati due grandi giureconsulti sono discordi.

Conveniva adunque di formare un nuovo piano, un novello metodo. Relativamente a ciò che concerne la legislazione attuale, era indispensabile di tracciare novello sentiere: ed in quanto a ciò che avea rapporto alla legislazione antica, quantunque Ricard e Furgole sieno per lo più ottime guide, era d'uopo non pertanto evitare qualche scoglio che s'incontra in sul cammino, che eglino hanno seguito, e che è molto difficile per lo spirito umano di schivare.

Ecco la meta, che mi son proposto in questa opera: il pubblico giudicherà quanto io vi sia riuscito. In fine delle osservazioni preliminari ne esporrò il piano.

Al trattato delle donazioni e dei testamenti ho aggiunto altro trattato su l'adozione e la tutela uficiosa, preceduto da un discorso storico sull'adozione. Havvi tra queste due materie un'affinità sensibile: esse partono egualmente da sentimento di beneficenza, e ad entrambe deriva una trasmissione di beni, diversa da quella ch'è la conseguenza dell'ordine delle successioni.

Io feci imprimere questo discorso storico sull'adozione nel vendemiajo dell'anno 10 pria del Codice civile, sotto il titolo di Saggio sull'adozione, considerata ne' suoi rapporti colla storia, la morale e la legislazione. Se ne

stamparono 600 esemplari, e questi furono distribuiti ai membri del consiglio di stato, del corpo legislativo, e del tribunato.

Posso quindi ora riprodurre quest'opera, quasi come inedita; e mi vi determino da un canto, per soddisfare le moltissime domande fattemene; e da un altro, perchè ho riflettuto, che essendosi ammessa l'adozione nella nostra novella legislazione, ciò basta (qualunque sia la differenza tra l'attuale adozione, e quella degli antichi), perchè le persone, le quali sanno valutare le nozioni storiche attinte nelle loro fonti, fossero compiaciute di veder riuniti in un opuscolo dei fatti che non ho veduto raccolti in veruna opera, e che soltanto si potrebbero ritrovarli sparsi in una moltitudine di libri, che non tutti leggono.

Nel corso del mio lavoro è comparsa qualche opera sulla materia, di cui mi occupava. Sentendo in me di quanta indulgenza io abbisogni, debbo esprimermi su di ciò con somma circospezione. Mi limiterò dunque a dire, che non ho avuto ragione alcuna per sollecitare tale lavoro, pel quale, d'altronde, ho potuto appena impiegare i momenti di ozio, che mi lasciavano le occupazioni della mia carica: che sarei sorpreso se, almeno alcuno degli autori di tali opere, non sentisse rimorso per la precipitanza, con cui ha eseguito il lavoro: e che finalmente son convinto, che cotesti scritti non rendono il mio lavoro inutile, poichè non lascio di renderlo di pubblica ragione.

Aggiugnerò solamente, 1.º che ho creduto inutile d'intraprendere un'opera volu-

minosa, per esporre minutamente la giurisprudenza antica intorno alle donazioni ed ai testamenti. Mi è sembrato più opportuno d'iniziare la gioventù nella conoscenza dell'antica legislazione col discorso storico, che precede il trattato. Ho procurato di esser breve; mi sono limitato alle idee primitive, ed ho attinto alle fonti; di tal che oso sperare, che tutti saran convinti che quel discorso ha dovuto costare fastidio e cure. 2.º ho creduto che avrei allungato anche più inutilmente la mia opera, se mi fossi inoltrato nello sviluppo della giurisprudenza riguardante la legislazione intermedia, cioè le leggi fatte nel tempo della rivoluzione. Attualmente pochissime quistioni rimangono, su cui possa aversi bisogno di ricorrere a questa giurisprudenza. D'altronde, è anche difficile di asserire, che siavene mai stata una ben formata, almeno sopra parecchi punti. Finalmente, esistono molte raccolte, tanto sopra questa legislazione intermedia quanto sull'antica giurisprudenza, che possono consultarsi all'uopo: tutto ciò non può oggidì formare oggetto di scienza. In quanto alle leggi fatte sotto la rivoluzione, basterà certamente, che si trasmetta alla posterità il loro testo, come monumento storico.

Siami permesso di chiudere questo avvertimento con un omaggio, nel quale non può supporli adulazione, e che, nel fondo, è la espressione sincera di una giusta gratitudine. Debbo confessare che sono stato incoraggiato ed assistito alla compilazione di quest'opera dal sig. Faure, presidente della sezione

di legislazione del tribunato, al quale sin dal primo istante ne comunicai il piano. Io mi credo onorato, agli occhi di tutti quei, che conoscono le qualità di tal degno collega, nel render pubblica l'amicizia che ci unisce, e nel far conoscere che ho saputo profittare dei suoi consigli. () Parigi 1.º giugno 1806.*

(*) Il sig. Faure, ch'era stato presidente della sezione di legislazione al tribunato, dopo il sig. Simeon, divenne consigliere di stato allorchè fu soppresso il tribunato, e lo è nel momento in cui scrivo questa nota (1812).

Nota su la seconda edizione francese.

Essendosi esaurita, fin dal principio dell'anno 1810, la prima edizione di questo trattato, fui sulle prime in forse di ristamparlo. Ma gli avvisi giunti a me ed allo stampatore, sul gran numero delle richieste che se ne facevano, mi convinsero che il pubblico ne desiderava la ristampa.

Ho creduto dover profittare di questa circostanza per migliorare l'opera con alcune aggiunzioni. Non dovea farmi sfuggire l'occasione di confermare colle decisioni delle corti Reali, e soprattutto con quelle della Corte di cassazione, pronunziate dopo la prima edizione del trattato, i principj che io avea basati sopra un considerevole numero di quistioni; e potrei dire sulle più importanti.

Ho messo in testa di ciascun capitolo, o di ciascuna sezione, dei sommarj, che ricordano le quistioni trattate in ciascuno de' numeri, che distinguono le diverse parti dell'opera: ho diviso in sezioni o paragrafi alcuni capitoli, i quali comechè lunghi, erano di un solo contesto. Tutto ciò dee rendere più facile la lettura del trattato. In una parola, nulla ho ommesso di quanto poteva renderlo più utile.

I motivi, che mi hanno animato nella composizione di quest'opera, sono ben noti ai miei concittadini, quindi, nell'annunziare un'aggiunzione in questa edizione, posso dispensarmi dal dimostrare quanto questi motivi sieno puri.

DISCORSO ISTORICO

S U

L' ANTICA LEGISLAZIONE

INTORNO ALLE DONAZIONI, AI TESTAMENTI, ED A TUTTE
LE ALTRE DISPOSIZIONI A TITOLO GRATUITO.

ALLORCHÈ le società si formarono, ed il diritto di proprietà venne riconosciuto, la facoltà di donare dovette essere per l'uomo uno de' modi più lusinghieri di esercitare tal diritto. Quel che gliela rende più grata, è il poter conciliarsi l'affetto de'suoi simili con dei benefizj, o dimostrare la sua riconoscenza per quelli che ha ricevuti.

Si è lungamente quistionato, onde conoscere qual de' due modi di disporre, per donazione cioè, o per testamento, fosse il più antico. Si fatta quistione sarebbe in vero oziosa, se non si fosse nella necessità di rimontarvi, onde esaminarne una seconda, la di cui decisione è indispensabile, per formarsi delle giuste idee

sopra parecchi punti di legislazione. Questa ultima quistione consiste nel sapere, se la donazione, ed il testamento ripetano la origine loro dal dritto delle genti, o se debba noverrarsi la donazione soltanto tra gli atti che derivano da questo diritto, ed attribuirsi al diritto meramente civile lo stabilimento del modo di disporre con testamento.

Il diritto delle genti è quello che lega tutti gli uomini in generale, fatta estrazione dalle politiche società, alle quali ciascuno di essi può appartenere. Gli atti che emanano da questo diritto sono quelli che stabiliscono tra essi dei rapporti: tali sono la *vendita*, il *deposito*, la *società*, il *mutuo*, il *mandato* ec. Tutte queste convenzioni suppongono il diritto di disporre della sua proprietà, o di vincolarla per effetto della sola volontà dell'uomo; ed è ragionevole di considerare la donazione sotto lo stesso punto di veduta.

È ben altrimenti però pel testamento. L'uomo non ha potuto essere investito del dritto di proprietà se non durante la sua vita: ed ha potuto sembrare che la proprietà doveva cessare alla morte di lui. In quel momento la società poteva riprendere i beni che l'erano stati tolti; ovvero farli passare ai parenti dell'ultimo proprietario, a titolo di successione; oppure permettere a costui di disporne per testamento in favore di chi più gli piacesse. Ogni modo di trasmissione de' beni, dopo la morte del possessore, ha dovuto dunque essere regolato da ciascuna società: conseguentemente desso ha dovuto emanare dalla legge civile.

In questo senso soltanto ha dovuto dire

Montesquieu: » La legge naturale ordina ai padri di nutrire i loro figliuoli, ma ella non gli obbliga di farli loro eredi. La divisione de' beni, le leggi sopra questa divisione, le successioni dopo questa divisione, tutto ciò ha potuto essere regolato soltanto dalla società, e per conseguenza dalle leggi politiche o civili. (1) »

Egli è dunque possibile, che presso taluni popoli l'uso di testare non era stato ancora introdotto, quantunque vi era stata già ammessa la donazione, come una emanazione diretta del diritto di proprietà, che di già eravi riconosciuto; e la storia ne offre degli esempj. Tacito nel parlare de' Germani, dice, che eglino riconoscevano un ordine di successione, quantunque il testamento non fosse tra essi introdotto (2).

È pur vero, che la donazione tra vivi ed il testamento sieno stati egualmente collocati, nelle Istituzioni di Giustiniano, tra i modi di acquistare per diritto civile. Ma la divisione delle materie, che è stata fatta sotto questo rapporto, in quel libro, d'altronde sì interessante e sì istruttivo, è stata il soggetto di una immensità di critiche. Eneccio, giureconsulto di vasta erudizione, del pari che di sano giudizio, non ha mancato, in una delle sue opere, di far osservare che questa classificazione era erronea, in quanto riguardava la donazione, e che dessa

(1) Spirito delle leggi, lib. 26. cap. 6.

(2) *Haeredes tamen successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi.*

era l'effetto di un errore, ch'egli appone a Triboniano (1).

Le forme antiche della donazione, le quali furono in seguito abolite, erano state regolate dal diritto civile; e Triboniano lasciò sotto l'impero di questo diritto la sostanza e le forme, quantunque a suo tempo tali forme non più sussistessero.

La facoltà di donare trae origine dal diritto delle genti, mentre quella di testare deriva dal diritto civile: e non deesi seguire l'opinione di taluni autori, i quali hanno attribuita la origine, sì del testamento, come della donazione al diritto delle genti (2), fondandosi sulla idea, che queste due disposizioni erano egualmente una conseguenza della proprietà individuale.

Bisogna in vero convenire, che la facoltà di testare, comunque ammessa, o prima o dopo la donazione, ha del pari il suo principio nella proprietà.

Potrebbe però dirsi, che l'uomo il quale fa una donazione, dispone de' suoi beni proprj; e

(1) *Inter modos acquirendi juris gentium etiam donatio est. Modis tamen acquirendi civilibus eam recensuit Caius, quia tunc ex lege Cincia non valebat donatio, nisi solemniter et per mancipationem facta. Quod quamvis mutatum esset tempore Justiniani, noluit tamen Tribonianus Cui ordinem turbare.* Heineccius, ant. Rom. ad Institut. lib. 2. tit. 7. in proem. id. Elem. jur. civ. sec. ord. Pandect. lib. 39, tit. 5, §. 130; Elem. jur. civ. sec. ord. Institut. lib. 2, tit. 7. §. 454; e le sue note sopra tali paragrafi.

(2) Tra essi Furgole, *de' Testamenti*, cap. 1. N. 28, ed altri autori che egli cita.

colui che dispone per testamento, dona i beni dei suoi eredi.

Non per tanto è sembrato ai legislatori, che, riconosciuto una volta il diritto di proprietà individuale, era ben giusto che l'uomo potesse esercitarlo sino all'ultimo suo respiro. Quantunque moribondo, egli è tuttavia proprietario. E per questa ragione Solone introdusse i testamenti in Atene (1); e tale facoltà di disporre è stata successivamente ricevuta presso tutti i popoli inciviliti. Dessa è divenuta una delle consolazioni più dolci, che possa offrirsi all'uomo negli estremi suoi momenti; e deesi convenire, che, sotto una infinità di rapporti, essa presenta grandi vantaggi, allorchè vien saggiamente ordinata.

Quindi, sebbene la facoltà di testare sia non solamente una conseguenza, ma benanche una conferma particolare del diritto di proprietà, questo carattere, comune ed al testamento ed alla donazione, non distrugge certamente la differenza del diritto primitivo, al quale ciascuna di queste disposizioni dee la sua esistenza.

(1) Grozio, *de Jure belli et pacis*, lib. 2, cap. 6, §. 14, seguendo Plutarco, ecco come espone i motivi di Solone: *Effecit ut res cuique suae propriae, et in dominio essent.* Puossi pure osservare che questo legislatore non concesse la facoltà di testare se non a coloro che non avevano figli maschi: *Si nullos superstites habeant liberos masculos.* Così traduce la legge di Solone, nella sua opera Samuello Petit, *Leges atticae*, lib. 6, tit. 6. Colui che avea figlie, e non figli, poteva fare eredi a sua scelta per testamento, ma sotto condizione che tali eredi sposassero le figliuole. Samuello Petit rapporta ancora questa legge di Solone.

Allorchè si fa la distinzione di ciò che appartiene al diritto naturale, al diritto delle genti, o al diritto civile, convien sempre fare una osservazione opportuna a prevenire gli errori, cioè, che la legge civile dee regolare la forma di tutte le disposizioni, come pure di tutti i contratti. Dessa può modificarne l'uso, e vietarle a talune persone, secondo l'interesse degl'individui e quello della società; ma sempre rimarrà vero che per poter conciliare la libertà individuale coll'interesse generale, bisogna che distingua, ciò che dee sempre esistere, e che l'è permesso soltanto di sanzionare e di organizzare, da ciò che può abolire o creare.

A misura che la civilizzazione progredì, si riconobbe il bisogno d'inventare nuovi modi di disporre dei proprj beni. La donazione tra vivi avea l'inconveniente di spropriare attualmente; lo che poteva frastornare dalla intenzione di donare. Il testamento nulla assicurava, poichè era revocabile sino alla morte. Non per tanto abbisognava facilitare, anzi provocare i matrimonj, che sovente non han luogo quando non sono assicurate la sussistenza, e la educazione dei figli. S'immaginarono adunque delle disposizioni, che, lasciando al benefattore la facoltà di amministrare, ed anche di disporre dei suoi beni in altro modo che a titolo gratuito, e senza frode, assicurassero almeno la sua successione. Di qui derivarono le donazioni dei beni presenti e futuri, le istituzioni contrattuali, e talune altre disposizioni che partecipano ad un tempo della natura della donazione tra vivi, e di quella della donazione a causa di morte, od anche del testamento.

Sono queste tante modificazioni introdotte dalla legge civile intorno alla disposizione dei beni, a fine di adattarla ai bisogni, ai costumi, ed ai gusti dei popoli pei quali furono fatte.

Il Codice civile, al titolo *delle donazioni e dei testamenti*, ha conservato parecchie disposizioni gratuite stabilite dall'antica legislazione. Alcune di esse han ritenuto la stessa denominazione; altre ne han ricevuta una diversa; talune altre sono rimaste soppresse. Si è giudiziosamente scelto ciò che eravi di più saggio nelle leggi romane e nelle costumanze.

Niuno può conoscere a fondo lo spirito della nostra nuova legislazione, se non conosca almeno i principj e le regole generali dell'antica. Ciò che si è conservato, si valuta molto meglio sotto il rapporto di tutti i cangiamenti, soppressioni, ed addizioni, quando si paragoni con quello che ha esistito.

E con tali vedute intraprendiamo di far conoscere la nostra antica legislazione sulle disposizioni gratuite (1). Noi ricorderemo non solamente la donazione ed il testamento, ma benanche tutti gli altri modi di disporre, che al pari dello stesso testamento, sono, in rapporto alla donazione, quel che le specie sono in rapporto al genere.

Questo discorso riuscirebbe certamente molto im-

(1) Per antica legislazione noi intendiamo quella che è stata in vigore sino alla *rivoluzione*. Le leggi fatte a questo riguardo sotto la rivoluzione sono state troppo ligie dalle circostanze; desse sono state troppo efimere perchè si comprendano in ciò che si risguarderà sempre come la legislazione antica, la quale abbia influito nella nuova.

perfetto, e quasi di niuna utilità, se noi non penetrassimo nei principj del diritto romano. Le legislazioni civili di Europa hanno potuto allontanarsene più o meno; ma questo diritto è stato, e ne sarà sempre l'archetipo. Questa immensa raccolta, di cui non possono dissimularsi le imperfezioni, ed anche gli errori, sarà sempre la face, che ha rischiarato i passi dei moderni legislatori quantunque eglino abbiani tracciati nuovi sentieri. La gloria di costoro consisterà nell'aver saputo discernere gli errori in mezzo ad un gran numero di verità; nell'aver saputo distinguere ciò che poteva essere adattato al nostro stato politico ed ai nostri costumi, da ciò che più non conveniva.

Quantunque noi rimontiamo ai fonti, pure procureremo di essere in questo discorso brevi ed esatti.

Noi tratteremo in altrettante sezioni particolari,

1. della donazione tra vivi;
2. del testamento e del codicillo;
3. della donazione a causa di morte;
4. delle sostituzioni, dei fedecommissi e del diritto di scegliere;
5. della istituzione contrattuale;
6. della divisione dei beni fatta dagli ascendenti tra i loro figli;
7. della demissione dei beni.

Finalmente, in un' ultima parte, ricorderemo brevemente gli antichi principj relativi alle riserve appartenenti a certe persone; conosciute principalmente sotto nome di *legittima*, di cui quelle non potevano esser private con disposizioni dei beni.

Tutto ciò che diremo, anche relativamente a quel che non è più in vigore secondo le nuove leggi, non sarà del tutto inutile; e nulla havvi di più vero di quel che un profondo e giudizioso giureconsulto diceva verso la metà del nostro secolo, parlando del diritto romano, e che attualmente può applicarsi ai principj generali dell'antico diritto consuetudinario: « È » interessante di avere una conoscenza del diritto romano, anche nelle cose che più non » osserviamo; le quali, sebbene non sianò più » in vigore per noi, non lasciano però di avere » un ligame colle altre materie, che ci servono » no pure di regolo e di principj (1) ».

SEZIONE PRIMA.

Della donazione tra vivi, secondo i principj del diritto romano, e della legislazione francese.

Esamineremo quì la donazione sotto il rapporto:

1. della sua natura e dei suoi effetti;
2. delle sue forme;
3. di coloro che non potevano donare tra vivi, e di quelli che non potevano ricevere allo stesso titolo;
4. delle cause che davano luogo alla revocazione della donazione.

(1) Ricard, *des donations*, 1. par., cap. 1., n. 18.

§. 1. *Della natura e degli effetti della donazione tra vivi.*

(Definizione e carattere della donazione tra vivi , secondo il diritto romano.)

Riunendo le disposizioni di molte leggi , la donazione tra vivi secondo il diritto romano poteva essere così diffinita : « Un atto di liberalità fatto di piena volontà , colla intenzione » di trasmettere irrevocabilmente la proprietà » dell' oggetto donato , dall' istante che il donatario lo avea accettato (1) ».

Questa definizione presenta tutte le idee , che si possano formare sulla natura della donazione tra vivi presso i Romani.

Il suo carattere essenziale era in prima la intenzione per parte del donante di spropriarsi dei beni , e per conseguenza la irrevocabilità della disposizione.

(Dell' accettazione.)

Vi bisognava però l' accettazione da parte del donatario. Non reputavasi fatta e divenuta irrevocabile la donazione pria di esser certo che fosse stata accettata. Sino a quel punto

(1) Veggansi le leggi 1. e 9 §. ultimo, ff. *de donationibus* ; la legge 29 in proemio , e gl' istituti l. 2. tit. 2 , §. 2.

il donante non era affatto legato. Era questo, presso i Romani, un principio elementare , e la consumazione del beneficio ne dipendeva assolutamente (1). Questo principio non è soltanto consegnato nelle leggi : esso vedesi ancora ricordato nelle opere letterarie , e negli scritti drammatici (2).

(Della donazione dei beni presenti e futuri.)

Non ostante il carattere di immediato rilascio e d' irrevocabilità , che avea la donazione tra vivi per diritto romano ; questo diritto stesso avea ammesso che vi si potevan comprendere non solamente i beni presenti , ma benanche i futuri. Dessa era considerata come irrevocabile anche pei beni futuri , quantunque non fosse mandata ad effetto. La stabilità del-

(1) Veggasi la legge 19 , §. 2 , ff. *de donat.*

(2) *Nam neque deditionem , neque donationem sine acceptione , intelligi posse.* Cic. Top.

Allorchè nell' Andriana di Terenzio , att. 5. sc. 2 Crema dice , che egli dà dieci talenti per dote a sua figlia , Pamfilo che dee sposarla , risponde subito , *Accipio*. Sopra questa parola Donat , comentatore di Terenzio , dice : *Ille nisi dixisset , Accipio , dos non esset. Datio enim ab acceptione confirmatur , nec potest videri datum id quod non sit acceptum.* Non per tanto quantunque Ricard , n. 834 , sembri approvare questa interpretazione , pure può dubitarsi , che la medesima non sia esatta. Può stare , che Terenzio non abbia voluto , colla parola *Accipio* , alludere alla disposizione della legge romana , la quale non rendeva la donazione perfetta se non coll' accettazione ; e può stare che la signora d' Acier abbia meglio dell' antico comentatore , compreso Terenzio , spiegando la parola *Accipio* nel seguente modo. *Cela est très bien.* (Va benissimo)

la donazione dei beni futuri era concepita nel senso, che dessa dovea necessariamente avere il suo effetto pei beni che si troverebbero al tempo della morte del donante; lo che non avea luogo pel testamento, il quale poteva sempre rinvocarsi fino alla morte del testatore.

Egli è anche essenziale di osservare, che questa facoltà di donare tra vivi i beni futuri, fu ammessa dal diritto romano nuovo. L'antico diritto non permetteva altra donazione irrevocabile, eccetto quella dei beni presenti.

(Della tradizione)

Ed in vero non potea esser diversamente nel diritto antico; poichè per render perfetta la donazione tra vivi era indispensabile la tradizione reale ed effettiva. Ciò risulta dalla legge 8 del Codice Teodosiano, al titolo *de donationibus*. Le forme della donazione erano quelle che adoperavansi anticamente per la vendita. Desse supponevano che l'uno vendesse e l'altro comprasse, ed avea luogo il rilascio immediato. Questa formalità di una vendita immaginaria portava seco, che la donazione non poteva farsi in termini generali, come per una quota di beni; per esempio, per una metà, per un terzo ec., o per i beni di tale o tal altra natura; ma dovea enunciarsi ciascun oggetto donato. Così disponea la legge 1. del Codice ermogeniano al titolo *de donationibus* (1). La formola

(1) *Generaliter bonorum portio donari non potest*,

della vendita reale, come quella della vendita imaginaria, è conosciuta in tutto l'antico diritto romano sotto al nome di *mancipatio*. Essa esprimea la tradizione da parte dell'uno, e la ricezione della cosa da parte dell'altro. (1)

Ma in seguito queste antiche forme furono abrogate. Giustiniano volle che la tradizione si fosse operata in virtù del semplice patto; che le stipulazioni potessero comprendere l'avvenire del pari che il presente; in modo che la donazione tra vivi venne assimilata agli altri contratti: e molte leggi, ed in particolare la legge 35 al Codice, *de donationibus*, sono concepite nel senso, che le donazioni tra vivi potevano aver luogo tanto pei beni futuri,

cum singulae res nominari debeant, quae donatione, mancipatione, vel in jure cessione transferuntur.

(1) Questa parola *mancipatio* è derivata da *manu capere*. La emancipazione ha la stessa etimologia, perchè nell'antico diritto faceasi sotto la forma di una vendita che il padre faceva del figlio, che emancipava.

Veggasi per quello riguarda il diritto antico, relativamente alla donazione, Eneccio, *Antiq. rom. ad Instit.* lib. 2, tit. 7, § 15; Sigonio *de antiquo jure Romanorum* cap. 11; e Francesco Hotman, *Commentarius verborum juris*, alla parola *Mancipatio*.

Noi osserveremo che tali forme le quali eran connesse con un'antica distinzione delle cose, dette *mancipi et nec mancipi*, furono abolite, del pari che la distinzione medesima, legge unica del Cod., *de nudo jure quiritum tollendo* e colla legge unica Cod. *de usucap. transform. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*.

quanto pei beni presenti, per una quota o per un oggetto particolare (1).

(Della donazione con riserva d'usufrutto.)

In conseguenza di cotesto cangiamento, la donazione tra vivi fu valida, ancorchè il donante avesse ritenuto durante la sua vita l'usufrutto dell'oggetto donato; lo che non avrebbe potuto farsi quando le antiche forme erano in vigore. Questa riserva di usufrutto fu riguardata come una tradizione finta, alla quale si dava lo stesso effetto, che producea la tradizione reale. I giureconsulti ne dettero per ragione, che essendo l'usufrutto di sua natura una servitù, e non potendo alcuno imporre a se stesso una servitù; quando taluno si riservava l'usufrutto su di una cosa, ciò importava che egli rinunziava alla proprietà, e riconosceva che questa apparteneva ad altri. (2)

Deesi pure rimarcare, per esattezza dei fatti, che la tradizione fittizia fu introdotta pria che la tradizione semplice si operasse col patto o colla convenzione. Questa tradizione fittizia consisteva nella dichiarazione, che faceva il donante o venditore, che se egli possedea, lo era in nome del donatario, o dell'acquirente,

(1) Veggasi Eneccio, *Elem. jur. civ. sec. ord. Instit. lib. 2, tit. 7, §. 459*; Furgole, nelle sue osservazioni sull'ordinanza del 1731, concernente le donazioni, art. 15; e Ricard, *des Donations*, par. 1, cap. 4. sez. 2. dist. 2. N. 977, 1006 e 1012.

(2) Legge 28, e legge 35, §. 5, Cod. *de donat.*

e col consentimento di costui. Ciò raccogliasi dalla legge 18, ff. *de acq. vel amitt. possess.*; e le leggi citate in rapporto alla riserva dell'usufrutto nella donazione, erano conseguenza di questa. Altro esempio di tradizione fittizia nella donazione lo troviamo nella legge 1. al Codice, *de donat.*: per lo che sembra esservi stati successivamente tre modi di tradizione; la tradizione *di fatto*, la tradizione *fittizia*, e la tradizione *semplice*, la quale operavasi senza dichiarazione particolare, e per sola virtù della donazione (1).

Infine per conseguenza di cotesto cangiamento, la donazione tra vivi comprese, al pari della vendita, tanto le cose incorporee, quanto le corporee (2).

(Della legislazione francese sopra i suddetti punti)

Passiamo ad esaminare la legislazione francese, relativamente ai punti medesimi, testè esposti sotto il rapporto del diritto romano.

In Francia, nei paesi di diritto scritto, non meno che negli altri di costumanza, la donazione tra vivi era stata ammessa, secondo i principj stessi del romano diritto, almeno in quanto alla natura ed agli effetti della disposizione.

Poichè la donazione tra vivi richiedea il

(1) Veggasi Ricard *des donations*, cap. 4, sez. 2, dist. 1, N. 907.

(2) *Potest et citra corporis donationem valere donatio.* Legge 9, in *proem. ff. de donat.*

rilascio dei beni per parte del donante, il quale preferiva il donatario a se stesso, è forza il riconoscere in tale atto l'esercizio del diritto di proprietà, come nella vendita. Fu perciò, che quantunque le costumanze preferissero pei beni ereditati gli eredi del sangue, in caso di successione non pertanto, nella maggior parte dei paesi di costumanza potevano questi donarsi tra vivi, del pari che i beni di proprio acquisto, ed anche vendersi; nel mentre che nei paesi medesimi potea disporsi per testamento, (come diremo in appresso) soltanto di una parte, più o meno modica dei beni ereditati.

E per lo favore stesso accordato agli eredi di questi beni richiedeasi, per la validità della donazione tra vivi il rilascio assoluto della proprietà. I redattori delle costumanze, per meglio esprimere ciò, si servirono di questa frase, che poi divenne massima di diritto *donner et retenir ne vaut* (*donare e ritenere non è valido*). Quando si va allo spirito delle costumanze, si scorge, che i redattori delle medesime si espressero in cotal guisa, affinchè i donanti potessero riflettere su le conseguenze di un tal atto; e per impedir loro di turbare con troppa facilità l'ordine delle successioni, facendo loro travedere che pria dei loro eredi, eglino medesimi rimanevano spogliati dei beni.

L'accettazione era necessaria come nel diritto romano, eccetto però nelle donazioni fatte per contratto di matrimonio in favore dei congiunti o dei loro figli nascituri, nelle quali l'accettazione era supplita di diritto, senza bisogno di esprimerla. Gli articoli 5 e seguenti dell'ordinanza del 1731, che contengono le disposizio-

ni su tale oggetto, confermarono in tutto l'antica legislazione.

Su la quistione, se la donazione tra vivi poteva abbracciare i beni presenti e futuri, pria della detta ordinanza cravi in Francia una legislazione ed una giurisprudenza varia, la quale dava luogo a grandissime difficoltà.

Nei paesi di diritto scritto poteva sostenersi, che secondo il diritto romano nuovo, e sopra tutto secondo le costituzioni dell'imperadore Giustiniano, contrarie su di ciò all'antico diritto, come testè abbiamo detto, la donazione tra vivi poteva comprendere i beni presenti ed i beni futuri.

In quanto alle costumanze; alcune di esse aveano ammessa la donazione dei beni presenti e futuri; altre l'avevano rigettata, e particolarmente quelle, che richiedevano la tradizione reale ed effettiva degli oggetti donati, la quale poteva aver luogo soltanto nella donazione di beni presenti; altre finalmente, e queste in grandissimo numero, ammettevano semplicemente la donazione *de tous biens* (*di ogni bene*) senza distinguere beni presenti e beni futuri; lo che sembrava riferirsi ai soli beni della prima specie.

Ricard, la cui opinione faceva grandissimo peso, sostenne con energia e profondità, che per principio generale, e conseguentemente in tutte le costumanze che non aveano regole precise la donazione tra vivi doveva aver luogo soltanto pei beni presenti. (1)

(1) Ved. Ricard, *des donations*, part. 1. c. 4. sez. 2, dist. 2. N. 1001. e seguenti.

Egli dimostrò ripugnare al principio del rilascio immediato da parte del donante, e della irrevocabilità, la quale formava l'essenza della donazione tra vivi, che questa comprendesse ad un tempo i beni presenti ed i beni futuri. Egli vi scorgea una contravvenzione alla regola fondamentale, *dare e ritenere non è valido*.

Le più possenti ragioni, che mise in campo quel giureconsulto, consistevano nel dire, che non potea esistere donazione tra vivi, là dove il donante conservava il diritto di acquistare o di non acquistare, di vendere ciò che acquistava, di mutuare e d'ipotecare; che era inconcepibile come il donatario potesse acquistare dopo la sua morte; lo che si verificava pei beni futuri, allorchè il donatario moriva prima del donante; e che finalmente non potea supporre in verun modo la consegna, da parte del donante, dei beni, di cui egli potea addivenire proprietario molto dopo.

Era ben regolare che l'autore, nell'approfondire la quistione, esaminasse se la donazione dei beni presenti e futuri potesse essere dividua; vale a dire, se essendo nulla pei beni futuri dovesse rimaner valida pei beni presenti: ed il fece. Egli si determinò per la indivisibilità della donazione; cioè sostenne che dessa era interamente nulla. E si appoggiò sul principio, che dividendo la donazione, sarebbe stato lo stesso che andare contro la volontà del donante; il quale avendo donati i suoi beni sotto la condizione espressa o tacita di pagare i suoi debiti, non esclusi quelli che potesse contrarre posteriormente, non potea dividersi questa ob-

bligazione a suo mal grado, senza distruggere la convenzione stessa.

Ricard non per tanto eccettuava da cotesta regola d'indivisibilità, il caso, in cui si fosse convenuto, che se la donazione non potesse valere per intero, avrebbe il suo effetto pei beni presenti. Ed egli eccettuava benanche dalla regola il caso, in cui il donante avesse semplicemente manifestato cotesta intenzione in qualunque modo, senza però una stipulazione espressa.

La opinione di Ricard produsse una specie di rivoluzione nella giurisprudenza. In seguito le decisioni furono pronunziate conformemente alla sua opinione, mentre per lo innanzi molte di esse erano contrarie.

L'ordinanza del 1731, art. 15, fece scomparire tutte le difficoltà. Questo articolo proscribì la donazione dei beni presenti e futuri per tutti i paesi indistintamente, tanto di diritto scritto, quanto di diritto consuetudinario; senza tampoco accordare la facoltà di scinderla. Questa forma di disposizione ebbe luogo solamente, giusta l'art. 17, pei contratti di matrimonio; ed in questo caso la divisione fu permessa, caricando i debiti esistenti nell'atto della donazione ai beni presenti; ed i debiti posteriori ai beni acquistati dopo.

Risultò ancora da molti articoli di quella legge, e soprattutto dall'articolo 16, che qualsivogliano condizioni, che, direttamente o indirettamente, facevano dipendere la donazione tra vivi dalla volontà del donante, rendeano nullo l'atto. In conseguenza di questo principio, lo stesso articolo 16 pronunziò la nullità delle donazioni dei beni presenti, » fatte a condizione

» di pagare in tutto o in parte i debiti ed i pesi
 » della successione del donante, o altri debiti
 » e pesi diversi da quelli esistenti al tempo
 » della donazione». L'articolo 18 stabilì soltanto
 una eccezione a questa regola, in riguardo alle
 donazioni a causa di matrimonio. Molte costumanze
 erano redatte cogli stessi principj. Tutto
 ciò era conforme alla opinione di Ricard, il qua-
 le, credesi generalmente, che abbia influito alle
 disposizioni dell'ordinanza del 1731, e colla sua
 dottrina e colla profondità del suo intelletto,
 cui si sono sempre renduti i più grandi omaggi.

Dacchè la donazione tra vivi doveva avere
 il carattere d'irrevocabilità, e che per ciò
 dovea menar seco il rilascio per parte del do-
 nante, onde investire il donatario delle cose
 donate, risultavane, che la donazione dovesse
 essere fatta con tradizione.

Circa il modo di questa tradizione la le-
 gislazione era stata varia. Abbiamo già det-
 to, che nell'antico diritto romano la tradizio-
 ne dovea essere reale ed effettiva; e che soltanto
 pel diritto romano nuovo la tradizione potette
 aver luogo in virtù del semplice patto: di modo
 che il donante potea riserbarsi l'usufrutto delle
 cose donate; e questa riserva di usufrutto era
 essa stessa considerata, come una tradizione
 fittizia, per le ragioni che abbiamo già esposte.
 Quando non conosceasi in Francia l'ultimo di-
 ritto romano, il quale fu scoperto nel dodicesi-
 mo secolo, vi si osservava l'antico diritto romano;
 ed allora era indispensabile la tradizione reale
 per render valida la donazione tra vivi. Ciò ve-
 desi nelle antiche formole del monaco Marcul-
 fo, ed in alcuni capitolari di Carlomagno.

Ma quando fu rinvenuto il corpo del diritto
 compilato da Giustiniano, e questo fu diffuso in
 tutta l'Europa, si ammise la semplice tradizione
 operata in virtù del consenso, ossia della stipola-
 zione; e fu permesso al donante di riserbarsi
 l'usufrutto. Parecchie costumanze contengono
 una disposizione precisa su di ciò.

Non per tanto alcune di esse ritennero su
 questo punto gli usi dell'antico diritto romano.
 Nella maggior parte di tai costumanze i feudatarij
 si riserbavano il diritto d'investire il donatario,
 del pari che l'acquirente. L'atto di possesso era
 perciò divenuto feudale e coteste costumanze ap-
 pellavansi *Coutumes de Saisine, de nantisse-
 ment o de vest (a)*: In questo numero erano quelle
 di *Senlis, Clermont, Valois, Chaumont,
 Vitry, Laon, Chauny, Sedan, Amiens,
 Poitiers, Saint-Paul, Boulonnais, Montar-
 gis, Bourbonnais, La Marche, Anjou et le
 Maine (1)*.

(Della clausola di costituito e di precario)

Erasi pure, su di ciò, introdotta nel diritto
 francese una clausola particolare, la quale era
 riguardata come una tradizione, e che era suf-
 ficiente per quest' uopo in talune costumanze,

(a) Nel linguaggio consuetudinario *saisine*, *nantisse-
 ment*, o *vest* esprimono il complesso delle formalità giu-
 diziarie richieste per poter acquistare il possesso civile di
 un fondo, per ritenerlo a titolo di proprietà, di usufrut-
 to, o d'ipoteca.

(1) Può consultarsi sopra questa materia una disser-
 tazione istorica di Ricard, *des donations*, part. prima
 cap. 4, sez. 2, dist. 1.

in cui si ammetteva la tradizione fittizia. Questa era la clausola del *constituto* (ossia di costituzione) e del *precario*, di cui trovasi un esempio nell'articolo 275 della costumanza di Parigi. » Non importa dare e ritenere, (dice » il detto articolo) quando si dona la proprietà » di un fondo ritenendo per se l'usufrutto a » vita o a tempo, o quando vi si appone la » clausola del *constituto e precario*. » La costumanza di Normandia conteneva la stessa disposizione, art. 446.

Questi vocaboli *constituto* e *precario* erano veramente barbari. Auzanet, sul detto articolo 275 della costumanza di Parigi, diceva che il senso era *ignorato dal volgo*; ed in vero parecchi notaj li scrivevano senza intenderne il significato.

Il *constituto* rendea la idea di una tradizione fittizia, la quale si operava da che il donante confessava, che egli possederebbe la cosa donata in nome del donatario; egli costituivasi possessore in nome di costui, come un conduttore, o come il detentore di un pegno. Sembra che si fatto uso tragga origine della legge 18, ff. *de acqir. vel amit. possess.*

Il *precario* era stipulato come nel senso di una dichiarazione del donante, che egli rimarrebbe nel possesso per effetto soltanto della volontà, della richiesta o della preghiera del donatario: in tal modo egli riconosceva, che possedeva a nome di quest'ultimo.

Un giureconsulto, il quale spiega il senso di queste clausole (1), fa osservare che desse ope-

(1) Chabrol, commentatore della costumanza d'Auvergne sull'art. 14, tit. 14.

ravano effettivamente una tradizione fittizia, la quale era sufficiente per la validità della donazione tra vivi, generalmente in tutte quelle costumanze, in cui non ritrovavansi disposizioni contrarie; ma che desse non producevano l'effetto della riserva dell'usufrutto, ed erano perfettamente inutili. E soggiunge » che in vece d'imbarazzare » il pubblico con termini che non intende, e » che, al pari di molti altri, servono a disgustarlo dello studio della giurisprudenza, e ad » annojare il lettore; sarebbe più espediente di » rigettare il *constituto* ed il *precario*, che » sovente nè il donante, nè il donatario » intendono. Il donante s'ingannerebbe, se » intendesse riserbarsi l'usufrutto con questo » mezzo. Bisognerebbe adunque attenersi al principio, che la riserva dell'usufrutto opera la » tradizione fittizia; e non più parlare di *constituto* e di *precario*. »

Questa osservazione, giusta in se stessa, non era sfuggita allo stesso Ricard; come raccogliesi da molti passi delle sue opere (1). Vedremo in seguito che l'attuale nostra legislazione si è renduta in ciò anche più semplice, poichè la tradizione è divenuta una conseguenza naturale del solo consenso delle parti.

Quanto ai mobili o agli effetti mobiliari, che potevano essere compresi in una donazione, l'articolo 15 dell'ordinanza del 1731 dispose, che se la donazione non ne conteneva la tradizione rea-

(1) Precisamente ciò che dice nel *trattato delle donazioni*, part. prim. N. 942. *

le, se ne fosse fatto uno stato sottoscritto dalle parti, da rimaner annesso alla minuta della donazione. Senza questa formalità, la donazione era nulla per la totalità de' mobili, e degli effetti mobiliari. Se le parti non sapevano firmare, vi si suppliva con uno stato particolare fatto innanzi notajo, ovvero colla menzione degli oggetti nell'atto stesso della donazione. Risulta da altri articoli di questa legge, che poteva donarsi una somma in denaro, di cui poteva ritenersi l'usufrutto, del pari che dei mobili.

(Della donazione fatta dagl' infermi.)

Secondo i principj dei paesi di *costumanza* era essenzialissimo, che la donazione tra vivi fosse fatta nella decisa intenzione da parte del donante di spogliarsi egli stesso dei beni, non già i suoi eredi, onde l'ordine delle successioni non fosse sconvolto; e le consuetudini ebbero somma cura a distinguere le donazioni, le quali, quantunque concepite colla qualificazione di donazione tra vivi, non pertanto non erano, nè potevano essere se non dei testamenti o delle disposizioni a causa di morte, mascherate sotto il nome di donazioni tra vivi.

Quindi, quasi tutte le *costumanze*, e particolarmente quella di Parigi nell'art. 277, avevano preveduto il caso, in cui una donazione, qualificata tra vivi, fosse fatta da un infermo, il quale morisse per effetto della malattia, da cui era tormentato nell'atto della donazione; ed avevano prescritto, che tale disposizione non valesse come donazione tra vivi.

Per la ragione medesima altre *costumanze*

richiesero, per la validità della donazione tra vivi, che il donante fosse vissuto, dopo tale donazione un certo periodo di tempo, cioè per venti o quaranta giorni; senza aver riguardo allo stato di valetudine o di malattia in cui poteva ritrovarsi nell'atto della donazione.

Ognuno ravviserà che queste ultime *costumanze* erano men ragionevoli delle prime. Ciò che dovea influire sulla sorte dell'atto era senza dubbio la idea in cui il donante l'avea fatto. Or, egli avrebbe potuto benissimo fare la donazione nello stato di perfetta salute, colla intenzione di spropriarsi dei beni e di poi improvvisamente cessar di vivere, anche prima del tempo di sopra designato, senza che per ciò la donazione cessasse di essere, per fatto e per intenzione, una vera donazione tra vivi. Similmente, secondo tai *costumanze*; un donante che fosse morto venti o quaranta giorni dopo la donazione, ma che nell'atto di essa fosse stato gravemente infermo e perturbato dalle idee della morte, non avrebbe potuto dirsi, attesa la circostanza dell'epoca della sua morte più o meno prossima alla disposizione, che egli avesse voluto fare realmente una donazione tra vivi.

E poichè talune *costumanze*, come quella d'Auvergne, art. 36, tit. 14, avea disposto che la donazione, la quale, nel su espresso caso, non valeva come donazione tra vivi, avesse effetto come donazione a causa di morte, e potesse attribuire al donatario in virtù di donazione di quest'ultima specie la porzione disponibile, la di cui quota era limitata relativamente alla donazione tra vivi; surse disputa se nelle *costu-*

manze, che non conteneano su questo oggetto alcuna disposizione, non che in quelle, le quali non riconoscevano la donazione a causa di morte; la donazione tra vivi dovesse avere l'effetto di una donazione a causa di morte, o di un testamento: poichè, nei paesi di costumanza, era difficile il determinare una differenza effettiva, tra queste due specie di disposizioni.

Ricard, che è utile di citare sovente su di una materia, di cui, egli meglio di chiunque altro, ha fissato i principj, sostenne con vigore la negativa.

Egli mise per principio, e tenne per fermo: »
 » che secondo le costumanze dovea ammetter-
 » si soltanto la donazione tra vivi ed il testamen-
 » to; che queste due specie di disposizioni non
 » potevano essere in modo veruno convertite
 » l'una nell'altra; che era indispensabile di
 » rivestire delle formalità prescritte dalla costu-
 » manza per la validità dei testamenti ogni di-
 » sposizione che si volea fare come donazione
 » a causa di morte e testamentaria. » (1)

Questa opinione fu in fine adottata nell'articolo 4 dell'ordinanza del 1731, la quale fissò le idee su questo particolare. Si dispose in esso che » ogni donazione tra vivi, la quale non fosse » valida come tale, non potesse valere come » donazione o disposizione a causa di morte, » o testamentaria, di qualsivoglia formalità fosse rivestita. »

(1) *Traité des donations*, part. prim. cap. 2, N. 43. Su tutto ciò che abbiamo detto può consultarsi il capitolo 2 ed il capitolo 3., sez. 1.

Questo articolo divenne una legge generale per tutta la Francia. Ma conviene far rilevare quì, che quanto abbiamo detto intorno allo stato di sanità o di malattia, al quale la donazione tra vivi era subordinata, non aveva luogo nei paesi di diritto scritto. In cotai paesi, non essendovi alcuna differenza quanto alla quota disponibile, poichè si poteva disporre di tutto egualmente o con testamento o con donazione tra vivi; un infermo poteva, anche moribondo, donare con atto tra vivi o con testamento. Ciò risultava dalla legge 42, §. 1, ff. *de mortis causa donat.*, ove si dispone, che in questo caso, la donazione non era a causa di morte, ma fatta da un moribondo: *non tam mortis causa, quam morientem donare* (1). I Romani ammettevano che un moribondo poteva fare la tradizione necessaria per la donazione tra vivi; e qualora si ripristinava in salute, non poteva rivocarla.

Eravi per altro in questa legislazione il seguente vizio. Il donante infermo poteva facilmente essere circonvenuto con suggestioni, da cui il suo stato di debolezza non permetteva di guarentirsi; e per metterlo al coperto dai perfidi suggerimenti sarebbero state indispensabili le forme testamentarie, le quali tendono a tale oggetto. Fu per ciò che la costumanza di Berri, i di cui redattori si erano singolarmente attenuti al diritto romano, nell' ammettere che la donazione concepita tra vivi, dovesse avere il suo

(1) Ved. Furgole nelle osservazioni sull' art. 4 del l'ordin. del 1731.

effetto come tale, quantunque il donante fosse gravemente ammalato, e che fosse morto della stessa infermità, dispose (art. 18, tit. 18,) che si osservassero in essa le formalità del testamento.

(Utilità di quanto si è detto).

Nel Codice civile, al titolo *delle donazioni e dei testamenti*, si sono adottati parecchi degli antichi principj che abbiamo ricordati di sopra, i quali erano stati introdotti o confermati coll'ordinanza del 1731: ma anche in esso si è deviato da taluno dei detti principj ad oggetto di andare ad altre idee. Quando saremo alla esposizione dei principj del Codice civile, faremo osservare coteste modificazioni, riportandoci a quel che attualmente diciamo, ed allora ognuno sentirà di quanta utilità sia il conoscere le regole e le variazioni stesse dell'antica legislazione, per meglio internarsi della nuova.

§. 2. *Delle forma della donazione tra vivi.*

(Delle forme, secondo il diritto romano).

Da quanto abbiamo detto risulta, ch'essendosi abolite le antiche forme usate nel vecchio diritto romano per operare la tradizione, la donazione si perfeziona ora colla sola stipolazione, a similitudine della vendita, alla quale Giustiniano la paragona (1). La promessa di consegnare stette in luogo della stessa tradizione.

(1) *Et ad exemplum venditionis, nostra constitutio*

Dessa però fu sottoposta ad una formalità estrinseca, la quale in seguito passò nel diritto francese. Intendo parlare della *insinuazione*, la quale consisteva nella trascrizione della donazione sopra pubblici registri destinati a quest'oggetto.

Questa formalità fu introdotta dall'Imperator Costantino (1). Dessa ebbe per oggetto d'impe- dire che il pubblico fosse ingannato, contrattando con colui, che avesse già consumata la sua fortuna con donazioni ignote; soprattutto quando esse erano fatte dal padre in favore dei suoi figli. La insinuazione impediva eziandio agli eredi di accettare imprudentemente una successione assorbita da somiglianti disposizioni.

Giustiniano confermò la formalità della insinuazione, ma ne dispensò le donazioni il di cui valore non sorpassava quello di cinque cento scudi; (2) mentre che per lo innanzi la dispensa della insinuazione non aveva luogo, se non per la donazione, il di cui valore, non ecce-

eos etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, Institut, lib. 2, tit. 7, § 2.

(1) Leg. 25, codice *de donationibus*.

(2) Leg. 36. § 3. cod. *de donat.* Istit. § 2. *usque ad quingentos solidos*. Gli autori francesi valutano questa somma comunemente per *cinquecento scudi*. Vinnio, sopra questo § degl'Istituti, valuta questa moneta a due mila cinque cento fiorini, *quingenti solidi efficiunt 2500 florenos*. Vedesi nel dizionario di Trevoux, alla parola *fiorino*, che il fiorino di Francia valeva altra volta 12 soldi, cinque dei quali fanno uno scudo. Se Vinnio avesse inteso di parlare di questo fiorino, il conto dei 500 scudi sarebbe esatto: del resto basta sapere che gl'imperadori romani avevano inteso di eccettuare dalla insinuazione le donazioni di picciolo valore.

deva i dugento scudi. Giustiniano dispensò pure da questa formalità certe donazioni, che erano molto favorite in grazia del loro oggetto: ci dispensiamo di parlar di queste donazioni, perchè sono troppo estranee ai nostri usi. Il nostro principale scopo è stato di ricordare quì l'origine, ed il motivo della insinuazione, che ha avuto luogo sino a' dì nostri, e che è stata conservata nel Codice civile, sotto il nome di *trascrizione*.

(Delle forme, secondo la legislazione francese).

In Francia le formalità della donazione furono semplicissime. Secondo le prescrizioni degli articoli 1.^o e 2.^o dell'ordinanza del 1731, dessa poteva, come gli atti ordinarj, esser fatta innanzi a due notaj, ovvero innanzi ad un notajo e due testimonj.

Non per tanto le formalità particolari prescritte da talune costumanze, o da taluni statuti locali, tendenti a meglio assicurare la intenzione del donante, e guarentirlo da ogni sorpresa, doveano esser sempre osservate, giusta ch'era disposto nell'art. 2.

Egli era sopra tutto necessario, secondo l'articolo 1.^o, che se ne formasse minuta, e ciò sotto *pena di nullità*. Questa formalità aveva per oggetto d'impedire che la donazione non rimanesse in potere del donante, il quale avrebbe potuto sopprimerla: lo che sarebbe stato contrario al principio d'irrevocabilità.

La insinuazione, giusta i principj del diritto romano, era richiesta da molte ordinanze antiche, le quali furono confermate con quella del 1731, art. 20. Ma secondo gli articoli 19, e 22, le

donazioni a causa di matrimonio in linea retta, e tutte le donazioni di cose mobili, quando eravi tradizione reale, o quando esse non sorpassavano il valore di mille lire, (*duc. 227 circa*) erano eccettuate da questa formalità.

§. 3. *Di coloro che non potevano donare tra vivi, e di quei che non potevano ricevere allo stesso titolo.*

(Della incapacità, che risultava dalla qualità di figlio di famiglia)

Ognun comprende di leggieri, che non poteano donare se non coloro, cui le leggi accordavano la libera disposizione dei proprj beni; e che chi non poteva vendere, non poteva neppure donare. È questo un assioma consagrato in moltissime leggi, e che d'altronde emana dai semplici lumi della ragione.

Per effetto della patria potestà, il figlio di famiglia, senza il consenso del padre, non poteva fare alcuna donazione, nè tampoco del suo peculio (a): eccetto però il peculio castrense; vale a dire, quello che provenivagli dalle militari fatiche; ed il peculio quasi castrense, che consisteva in ciò che acquistava coll' esercizio di pubbliche funzioni, civili, od ecclesiastiche, o coll' esercizio della professione forense. Di tai beni egli potea liberamente disporre; del pari che potea fare di quanto gli veniva donato a con-

(a) Tal divieto riguardava soltanto il peculio Avventizio e profitizio.

dizione di poterne disporre senza la paterna permissione (1).

Questa legislazione, che era osservata ne' paesi di diritto scritto, salvo alcuni particolari usi, era affatto ignota nei paesi di costumanza; del pari che era ignoto quel che riguardava i peculj.

(Della incapacità per causa della morte civile)

Erano incapaci di donare e di ricevere coloro i quali per effetto di condanna per reati, erano morti civilmente: questo cangiamento di stato era conosciuto presso i Romani sotto la seguente denominazione *Capitis diminutio*. Gli effetti di tal diminuzione di capo erano più o meno rigorosi, secondo la natura dei reati e delle condanne. Non è qui il luogo di entrare nelle particolarità delle diverse specie di tali condanne. Ci limiteremo a far osservare soltanto, che i Romani colla parola *caput* intendevano non la sola persona di un cittadino romano, ma benanche il complesso di tutti i diritti annessi a questo titolo.

Oltre la condanna alla morte naturale, ve n' erano di due altre specie. L'una, chiamata in diritto *maxima capitis diminutio*, che conservando la vita naturale al colpevole toglievagli la libertà, ed il diritto di cittadinanza; tal'era la condanna ai lavori delle miniere. L'altra, conosciuta sotto il nome di *media capitis diminu-*

(1) Legge 7. in prooemio, §. 6. ff. de donationibus Legge 25, § 1, de mortis causa donationibus. Ibid.

zio, la quale conservava la vita e la libertà, e faceva perdere al condannato il diritto di cittadinanza; tal' era la deportazione. Coloro che soffrivano l' uno o l' altro di questi due cangiamenti di stato, erano privi di tutti i vantaggi, che emanavano dal diritto civile; eglino potevano soltanto partecipare del diritto delle genti. Questo stato è quello che è passato nelle legislazioni posteriori col titolo di *morte civile*; denominazione che per brevità useremo in seguito, anche rispettivamente al diritto romano (1).

I principj intorno a ciò si attingono dalla legge 15, ff. de *interdictis, et relegatis, et deportatis*. Secondo questa legge (2), il deportato per condanna giudiziaria (poichè la deportazione ordinata semplicemente dal principe non avea effetto veruno, relativamente ai diritti civili), e con

(1) Eravi nel diritto romano un terzo cangiamento di stato, conosciuto sotto il nome di *minima capitis diminutio*. Questo però riguardava soltanto i diritti di famiglia, ed era quello che nasceva dalla *emancipazione*, dall' *arrogazione*, e dall' *adozione*. Desso però non avea di comune con quello di cui quì trattiamo, se non una parte della denominazione: sopra tutto non era disonorante.

(2) Egli è opportuno di riportarla per intero *Deportatus civitatem amittit, non libertatem, et speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur: emit enim et vendit, locat, conducit, permutat, foenus exercet, et caetera similia. Et postea quaesita pigiori dare potest, nisi in fraudem fisci, qui ei mortuo successurus est, ea obliget. Priora enim bona, quae publicata sunt, alienare non potest. Deportatus a praeside sive principe, et haeres existere, et legata ex testamento capere poterat.*

maggior ragione colui, il quale fosse condannato a pene più gravi, non poteva partecipare se non al solo diritto delle genti: egli era privo di tutti gli effetti del diritto civile.

Cotesta legge fa la enumerazione dei contratti nascenti dal diritto delle genti. Ella novera tra questi il diritto di comprare e di vendere, di locare e di condurre, di commerciare, e di fare ogni altra convenzione di simil natura, *et caetera similia*.

Una classificazione presso a poco simile, di ciò che derivava dal diritto civile, e dal diritto delle genti, la ritroviamo nella legge 5, ff. *de justitia et jure*.

Da tai premesse egli è evidente, che coloro i quali aveano subito la morte civile, non potevano nè succedere, nè testare, nè ricevere per testamento. Eglino erano pure incapaci di dare e di ricevere a titolo di donazione a causa di morte. Ciò lo fa pure supporre la legge 7, ff. *de mortis causa donationibus*: d'altronde, secondo le leggi stesse, cravi, sotto il rapporto della capacità, tanta affinità tra la donazione a causa di morte ed il testamento, che coloro i quali non potevano dare o ricevere sotto l'uno di questi due titoli, neppure potevano dare o ricevere sotto l'altro. Era non pertanto, alle persone private della vita civile, permesso di ricevere disposizioni a titolo di alimenti, giusta la legge ff. *de i6, interd. et releget. deportat.* che è molto interessante su questo proposito. (1).

(1) *Cum Ulpianus Damascenus rogasset imperatorem, ut sibi permetteret matri relinquere ad victum necessaria,*

Ma potevano eglino dare o ricevere a titolo di donazione fra vivi?

Avendo il diritto romano messo la donazione tra vivi nel numero dei mezzi di acquistare per diritto civile, sebbene alcuni dotti avessero osservato che ciò fu per errore di Triboniano, che avea preseduto alla compilazione del corpo del diritto, come dicemmo nel principio di questo discorso; sembra potersi da ciò concludere che le persone, le quali trovavansi nello stato di morte civile erano incapaci di dare e ricevere per donazione tra vivi. La legge, di cui abbiamo riportate le disposizioni, dava loro solamente la facoltà di fare i contratti di diritto delle genti, come la compra, la vendita, la locazione e conduzione, e quelli che dipendevano dal commercio. E quando la legge istessa dice, anche le altre convenzioni simili, *et caetera similia*, tali espressioni debbonsi riferire ai contratti della stessa natura, cioè a quelli fatti a titolo oneroso; conseguentemente debbono escludersene le disposizioni a titolo gratuito.

Niuna legge pronunzia espressamente contro le persone, che erano nello stato di morte civile, la interdizione di ricevere per donazione tra vivi; ma il ragionamento, che abbiamo esposto, ne suppone la esistenza. E su tal fonda-

et matrem per libertum ut quaedam sibi liceret filio deportato relinquere, imperator Antoninus eis rescripsit in hunc modum: Neque haereditas, neque legatum, neque fideicommissum contra mores et jus publicum hujusmodi personis relinqui potest, nec conditio harum personarum mutari debet. Quod vere pie rogastis, liceat vobis ultima voluntate eis ad victum et alios usus necessarios sufficientia relinquere, eisque ex hac causa relicta capere.

mento la giurisprudenza francese, si determinò ad ammettere tale interdizione (1).

L'incapacità poi di donare a questo titolo si trova dichiarata in parecchie leggi (2). Non dee, per tanto, dissimularsi, che secondo lo spirito delle esposte leggi, tale interdizione avea per oggetto d'impedire, che si frodassero i diritti del fisco, il quale succedeva ai morti civilmente; quantunque non è men vero che la incapacità in se stessa era conseguenza della pena del reato. Non si trovò regolare che gli uomini, i quali aveano portato il disordine e la agitazione nella società, godessero i vantaggi della vita civile. Eglino non aveano nè patria nè famiglia, e doveano avere soltanto la capacità pe' contratti assolutamente necessari pel sostentamento della vita, poichè erano indegni di partecipare di quelli, che ne formano le dolcezze. La legge penale dunque ben potea privarli della capacità di dare e di ricevere a titolo di donazione, qualunque siasi la natura di quest'atto relativamente agli altri contratti: cioè, sia che debba derivarsi dal diritto delle genti, sia che possa attribuirsi al diritto meramente civile.

Noi abbiamo creduto pregio dell'opera il rischiarare diligentemente questa parte di legislazione romana, dappoichè si è trasfusa nella francese; e che d'altronde parecchi autori i

(1) V. Richer, trattato sulla morte civile, lib. 3. c. 1. sez. 6. e 7.

(2) Particolarmente nelle leggi 15. ff. de donat; 7. ff. de mortis causa donat; e 45, ff. de jure fisci.

quali hanno voluto parlarne sotto al rapporto istorico del romano diritto, non lo han fatto con tutta la chiarezza necessaria.

(Della donazione tra conjugj, e di quella del padre in favore dei figli, secondo il diritto romano)

Vi erano due altri casi, nei quali non potea farsi la donazione tra vivi; o almeno la donazione, quantunque concepita a titolo di donazione tra vivi, avea effetto, a similitudine della donazione a causa di morte, solo quando il donante perseverava, sino all'estremo momento, nella volontà, che avea manifestata di voler donare; di modo che egli poteva revocare la donazione sino alla sua morte.

Ciò si verificava nella donazione tra il padre ed il figlio non emancipato, e tra conjugj. Egli è tanto più essenziale di ricordare i principj di questa legislazione, in quanto che dessi erano passati nel diritto francese, almeno pei paesi di diritto scritto; e vi si sono osservati sino a dì nostri, in virtù dell'art. 46 dell'ordinanza del 1731, il quale stabilì, che rimanevano in osservanza in fino a quando altrimenti si fosse disposto; lo che non mai ebbe luogo: d'altronde, nel codice civile si sono conservate delle tracce di questa stessa legislazione, almeno in quanto alla donazione tra conjugj durante il matrimonio.

Secondo l'antico diritto romano, il figlio era talmente sotto la potestà del padre, che quanto il figlio acquistava era di quest'ultimo. Egli, come cittadino, godeva l'esercizio de' diritti politici; ma in quanto ai diritti privati, Grenier. Vol. I.

egli era considerato come cosa del padre, e come mezzo, di cui poteva questi servirsi, onde acquistare in suo pro. I figli erano anche chiamati schiavi domestici, *servi familiares*. Da ciò ne seguiva, che inutilmente il padre avrebbe donato al figlio, imperciocchè avrebbe donato a se stesso.

La medesima ragione valca rispetto alla donazione tra coniugi; perchè, secondo gli antichi usi di Roma, la donna era nel medesimo stato di servitù in rapporto al marito. Per lo che in questi due casi, si diceva che l'unità delle persone escludeva ogni possibilità di convenzioni tra loro (1).

Ma questi antichi costumi, che portavano l'impronta del carattere duro e feroce dei primi Romani, e che sentivano della schiavitù, che avevano stabilita tra loro, si raddolcirono a misura che progredì la civilizzazione; e conseguentemente la legislazione prese un carattere molto differente. L'autorità dei padri e dei mariti fu

(1) Ved. Eneccio, *elem. jur. civ. sec. ord. pand.* lib. 1. tit. 6, §. 143 e 144, e lib. 24. tit. 1 §. 214, e seg. *Cum enim uxores* (ivi si dice) *olim in manum convenirent, et tunc essent loco filiarum familias*. Veg. pure *elem. jur. civ. sec. ord. instit.* lib. 2. tit. 7. §. 45, e tit. 15. nota al §. 2. Cicerone nei suoi discorsi *pro Muraena et pro Flacco*, si esprime nel modo seguente, parlando di quest'antica tutela delle donne, *Vetustissimo jure sine tutore nulla foemina fuit*. Eravi anche di più, secondo Boezio su i topici dello stesso autore, allorchè il marito moriva prima, la moglie non poteva contrarre matrimonio in altra famiglia, se il marito non glielo avea permesso col testamento. Parecchi autori fanno osservare, che questa tutela si è insensibilmente abolita, senza che vi fossero state leggi particolari su di ciò.

forse sempre severa, sino alla decadenza della repubblica; ma questa severità istessa era autorizzata dalla politica e dalla morale.

I coniugi ebbero la facoltà di donarsi reciprocamente. Ma fu permesso ciò a condizione, che la liberalità non sarebbe definitiva se non colla perseveranza sino alla morte di colui che aveala esercitata. Ciò fu stabilito con un senato consulto emanato nell'anno 955 della fondazione di Roma, che fu provocato dall'imperatore Severo, e da Antonino suo figlio, soprannominato poi *Caracalla*. Alcuni frammenti del discorso pronunziato su quest'oggetto nel senato, sono riportati in molte leggi del Digesto e del Codice, al titolo *de donationibus inter virum et uxorem*. Ricordiamo sempre con soddisfazione la morale, e dimentichiamo per poco che il nome di uno degli autori di legislazione sì bella è stato giustamente diffamato dalla storia, e che, riguardo all'altro, essa ci ha tramandato più vizj che virtù.

Da una banda il timore che i coniugi si spogliassero inconsideratamente dei loro beni, e fossero esposti alle seduzioni ed al pentimento, che i sentimenti di cupidigia e di avarizia subentrassero ai puri affetti che deggiavano unirli; e che in fine il matrimonio fosse avvelenato da oggetti di angosce e di dispiaceri; dall'altra banda il desiderio che l'educazione dei figli fosse l'unica cura dei coniugi, i quali se ne sarebbero alienati, se si fosse lasciato adito agli esposti disordini; ecco quali furono i motivi del senato consulto (1).

(1) V. le leggi 1, 2, 3, e 42, ff. *de donat. int. vir. et ux.*

Dallo spirito di tai leggi raccogliasi, che, nell'esposto caso, la donazione era, inquanto agli effetti, una vera donazione a causa di morte. Risulta pure da taluna delle di loro disposizioni, che se il conjuge donatario moriva pria del donante, la donazione rimaneva senza effetto (1); e la quarta falcidia, di cui parleremo in seguito, aveva luogo come pei testamenti e per le donazioni a causa di morte (2).

Riguardo alle donazioni del padre in favore dei figli, siccome l'antico stato delle cose, di cui abbiamo di già parlato, non più sussisteva, così venne a mitigarsi l'antico rigore del diritto, che interdiceva ogni sorta di disposizione tra loro. La donazione fu quindi permessa, ma lo fu egualmente a condizione, che il padre potesse revocarla. Si osserva costantemente su questo particolare lo stesso spirito, sopra tutto nel titolo del codice, che anche per questa ragione è intitolato, *de donationibus inter virum et uxorem, et a parentibus in liberos factis, et de ratihabitione*. La legge 25 di questo titolo assimila perfettamente la donazione del padre in favore del figlio, a quella tra conjugi. Si temette che tra sì stretti parenti, lo spirito di vile interesse corrompesse le affezioni della natura. I genitori vollero assicurarsi della condotta dei loro figliuoli, riservandosi di punirli revocando il beneficio. Un altro motivo ancora lo somministrò il gusto dei Romani per la libertà illimitata di testare, alla quale essi mettevano massimo interesse, e

(1) V. la legge 13 ff., e la legge 6. al cod. *ibid.*

(2) V. legge 12. al codice, *ad legem falcidiam*.

per cui restringevano, per quanto era possibile, tutto ciò che poteva privarveli interamente, o limitarla.

Vi erano dei casi in cui la donazione diveniva irrevocabile, come, quando dopo la donazione il padre emancipava il figlio, e lo scioglieva dalla sua potestà: presumevasi allora che egli aveva confermata la donazione. Poichè però questa parte della legislazione è oggi addivenuta estranea alla nostra, crediamo sufficiente indicarne il principio, senza entrare nelle sue particolarità.

(Dell' enunciate donazioni secondo la legislazione francese)

In quanto alla legislazione francese, tutto ciò che abbiamo detto in riguardo alla donazione del padre in favore dei suoi figliuoli avea luogo nei paesi di diritto scritto, in conseguenza dell' articolo 46 dell' ordinanza del 1731: questa legislazione però era ignota, almeno generalmente, nei paesi di costumanza.

Per ciò che concerne le donazioni tra conjugi, nei paesi di diritto scritto seguivasi la legislazione romana. Le costumanze però aveano ammesso su di ciò regole differenti, le quali non pertanto in varj punti coincidevano nel principio ammesso nel diritto romano.

Desse possono ridursi a quattro classi.

Le prime proibivano tra conjugi ogni vantaggio diretto o indiretto, durante il matrimonio. Però tanto il dritto romano, quanto le costumanze e l'ordinanza del 1731, permettevano qualunque disposizione nel contratto di matrimonio.

Tali erano le costumanze di Parigi, di Orleans, e molte altre.

Nella maggior parte però di queste costumanze i conjugj aveano la facoltà di farsi, durante il matrimonio, un mutuo donativo, almeno di certi beni, ed in taluni casi.

Le seconde vietavano le donazioni tra vivi durante il matrimonio, salvo il mutuo donativo di talune specie di beni, ed in certe circostanze solamente: esse permettevano però le donazioni testamentarie.

Le terze non solamente ammettevano le donazioni, che l'uno de' conjugj faceva all'altro col testamento, ma benanche le donazioni tra vivi, e queste aveano la loro esecuzione allorchè il conjugue donante premoriva senza averle rivate, conformemente ai principj del diritto romano.

Le quarte permettevano all'uno dei conjugj di fare all'altro una donazione tra vivi semplice, almeno in certi casi, e con talune limitazioni (1).

Nelle costumanze della prima e quarta classe osservavasi appunto la severità dell'antico diritto romano, con talune leggiere modificazioni; e desse si riportavano a questi medesimi principj allorchè permettevano il donativo reciproco, solamente quando eravi una perfetta eguaglianza. Questa eguaglianza faceva cessare ogni profitto dell'uno sull'altro; la volontà di donare era rispettivamente subordinata all'evento;

(1) Pothier, *trattato delle donazioni tra marito e moglie*, N. 7. e seg. entra in una suddivisione di ciascuna classe di queste costumanze, che si può consultare, ma che credo inutile al mio soggetto.

e l'azzardo faceva sparire il timore dell'abuso, al quale l'ultimo diritto romano avea voluto rimediare.

Le costumanze della seconda e terza classe, aveano adottato il nuovo diritto romano introdotto sotto gli imperadori Severo ed Antonino Caracalla.

Io aggiungo che vi erano anche delle costumanze particolari, come quella di Auvergne, le quali permettevano che il marito disponesse in favore della moglie, e proibiva la reciprocità da parte della moglie.

Coteste costumanze aveano per iscopo di mettere il sesso più debole al coverto della influenza del più forte.

(Delle disposizioni tra persone che vivono in concubinato.)

Le disposizioni tra persone che vivevano in una illecita unione, ed in favore dei figli naturali, aveano anche richiamata l'attenzione dei romani legislatori.

La unione d'individui di diverso sesso, colla intenzione di vivere insieme senza autorizzazione della legge, e senza religiose cerimonie, non ha potuto esistere senza disordine, se non prima della formazione delle società. Da che queste cominciarono a progredire si riconobbe la necessità di rendere questa unione il contratto più importante, di sanzionarlo con forme legali, e di consacrarlo colla religione. Fu indispensabile di onorare il matrimonio, che è il fondamento essenziale dell'ordine sociale. Questo è basato sulle famiglie, le quali si formano col matrimonio.

Leggesi quasi in tutti i libri, che il con-

cubinato era ammesso presso i Romani. Questa proposizione ha bisogno di spiega, poichè giova molto di formarsene una giusta idea. Questa può spandere molto lume su la quistione, se, nello stato attuale della legislazione francese, i donativi tra persone che abbiano vissuto in un commercio illecito, potessero oppur no essere attaccati; quistione che discuterò nel corso del trattato.

Fin dai più antichi tempi di Roma, e fin che durò la repubblica, il concubinato vi fu riguardato con rossore. Numa che si sforzò di rendere il matrimonio indissolubile, circondandolo di politiche e di religiose solennità, sanzionò contra il concubinato la seguente legge, che i monumenti ci han conservata: » Che sia respinta » dall' altare di Giunone ogni donna la quale » abbia vissuto in unione illegittima. Se però » ella si penta del suo errore, possa espiarlo » coll' offerta dei suoi capelli, e col sacrificio » di un' agna (1). »

(1) *Pellex aram Junonis ne tangito. Si tangit, criminibus demissis agnum foeminam caedito. Festo, sulla parola Pellices.* Veggasi Francesco Hotman, *comment. de verb. jur.* alla parola *Pellicem*, e le formole di Brissonio, lib. 1. pag. 46. ediz. del 1583.

Non deggio dissimulare, che la traduzione da me data di questa legge, può incontrar difficoltà, sopra tutto secondo ciò che ne dice l'autore del dizionario delle antichità romane alla parola *Pellex*. Ma mi sembra che questa traduzione, che è quella appunto fatta dal sig. Cahier sostituto del procuratore generale presso la corte di appello di Parigi, nelle sue conclusioni in causa Châteaugiron, pag. 26, mi sembra la più esatta.

Dopo la prima edizione di questo trattato, ho più particolarmente osservato, che poteva leggersi con frutto, sul modo di intendere la legge che si attribuisce a Nu-

Fu nel secolo il più illuminato, e nel tempo stesso il più corrotto, che si vide autorizzato il concubinato. Ciò fu la conseguenza delle leggi papie, che furono fatte sotto Cesare Augusto (1). Sono noti gli sforzi fatti da questo imperadore per condurre i cittadini al matrimonio, e far cessare il flagello del celibato, che in allora era molto spaventevole.

Io non ho trovato in alcun luogo esposti con precisione i motivi dell'autorizzazione del concubinato; ma debbe prosumersi che tale stato, il quale non richiedea le virtù, che accompagnar debbono il matrimonio, fosse ammesso per supplire a questo, o almeno per evitare maggiori mali.

Il matrimonio è senza dubbio la vera sorgente della popolazione; ma sotto questo rapporto medesimo il concubinato non poteva essere paragonato alla dissolutezza, che è seguita soltanto dal pentimento e dalla vergogna.

In tal modo il concubinato non fu più uno stato vergognoso; non fu considerato come un' offesa fatta ai costumi; non venne riprovato dalla legge, che il riconobbe solennemente. *Nam quia (dice una legge) concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est (2).*

ma, ciò che ne dice il sig. Bouchaud, nel suo comentario sulla legge delle dodici tavole, 2.^a ed. tom. 1. p. 616.

(1) Veggasi il comentario latino d' Eneccio, *ad legem Juliam et Papiam Poppaeam*, una delle più dotte opere di quel profondo giureconsulto.

(2) Legge 3, ff. de concub.

Intanto cotesta unione puramente naturale, alla quale può dirsi che fece far ritorno la corruzione dei costumi, retrogradando dallo stato di civilizzazione a quello di barbarie, non ebbe mai gli onori accordati al matrimonio dalla legge civile. Dessa era un fantasima del matrimonio, ma non mai ebbe il privilegio accordato a questo. La qualificazione di concubina non menava seco idea spiacevole, e potea pronunziarsi senza arrossire; ma la sola moglie ebbe il diritto a tal titolo. Gli ornamenti, dei quali la moglie di un cittadino elevato ad alto grado avea diritto di abbigliarsi, ad oggetto di partecipare in qualche modo alla dignità del marito, non mai furono permessi alla concubina. Niuna disposizione le assicurava una dote; anzi parlando legalmente non potea costituirsi. I figli, che nascevano da tale unione, non erano certamente confusi con quelli che erano il frutto di una tenebrosa crapola: (1) eglino, al nome della loro madre, aggiungevano spesso quello del padre; eglino potevano aspirare a dignità, ma non ebbero mai nè il diritto di famiglia, nè quello di succedere. Il padre naturale giammai ebbe su di loro quel diritto, che le leggi accordavano ai padri sopra i figli nati in costanza di matrimonio, quella *patria potestà* che i Romani avevano in tanto pregio. In una parola, il concubinato divenne uno stato medio, egualmente lontano dalla infamia attaccata al libertinaggio, e dagli onori dovuti al matrimonio.

(1) I primi erano chiamati semplicemente, *liberi naturales*, gli altri *spurii* o *nothi*, e *vulgo quæsitii*, parole che comprendevano idee di vergogna.

Desso ebbe luogo tra persone libere, e che d'altronde avrebbero potuto, secondo le leggi, congiungersi in matrimonio. Non per tanto si videro uomini ammogliati, i quali avevano una concubina. Ma finalmente sotto l'imperadore Costantino, il concubinato fu permesso a colui soltanto che non era ammogliato. L'istoria insegna che taluni imperatori, come Vespasiano, Antonino e Marco Aurelio, rimasti vedovi ne dettero l'esempio. Si ricorse allora al concubinato come ad un sollievo dello stato vedovile, e si scusò col dire, che non era conveniente di dare una matrigna ai figli nati da un primo matrimonio; e che questi fossero obbligati di dividere coi figli del secondo letto i beni che aveano sperato di raccogliere per intiero. Eneccio dice, potersi presumere, che tai motivi determinarono Augusto ad autorizzare il concubinato. Ma potrebbe stare che ve ne furono degli altri, poichè lo fu permesso a tutti i cittadini, qualora, come dicemmo, dessi erano liberi, e si avessero potuto unire in matrimonio.

Cotesto uso, che era in vigore sotto Giustiniano, fu abolito, in termini che provano quanto era abusivo, dall'imperadore Leone colla novella 91, la quale fu principalmente osservata in Oriente. Desso si sostenne lungamente in Occidente, anzi taluni ecclesiastici si permisero anch'essi tale abuso. Finalmente i principj della religione e l'interesse dei costumi lo fecero proscrivere. Dopo tal epoca il concubinato ha avuto il carattere, che avrebbe dovuto sempre conservare, quello cioè della vergogna, che seco trae la dimenticanza dei propri doveri, ed una condotta, che offende il pubblico pudore.

Non dee recar maraviglia, che quando il concubinato era autorizzato dalla legge, le persone le quali vivevano in tale stato potessero reciprocamente farsi delle disposizioni.

Vollero anzi le leggi, che i figli i quali nascevano da tale unione, concorressero coi legittimi alla successione della loro madre (1). Sembra in su le prime che questa libertà, relativamente alle persone le quali vivevano in concubinato, fosse in opposizione colla restrizione della liberalità tra i conjugi, di cui abbiamo già parlato. Non per tanto ove si ponga mente ai motivi testè esposti che avevano fatto introdurre la legislazione riguardante i conjugi, ogni idea di contraddizione svanisce, e non può trarsi argomento da un caso ad un altro. Gli ostacoli opposti alle disposizioni tra conjugi erano per essi onorevoli; ma non può dirsi lo stesso della libertà assoluta ammessa in quanto al concubinato.

Un preciso divieto poi esistea, intorno alle disposizioni tra persone, che aveano commercio incestuoso od adulterino. Sotto Domiziano i disordini giunsero a tale eccesso, che si videro uomini congiunti in matrimonio eseredare i loro figli legittimi, per arricchire le donne, le quali formavano l'oggetto della loro passione: ciò dette luogo ad un editto, con cui questo imperadore dichiarò tai donne incapaci di ricevere

(1) Vegg. su di ciò la legge 5 del Codice, *ad senatusc. orfic.*; la legge 5, ff. *de donat*; le leggi 3. §. *videamus*, e 58 *ibid.* al tit. *de donat. int. vir. et ux*; e la legge 49, §. *item*, ff. *de leg. 3.*

qualunque specie di istituzione e di legato (1).

Lo stesso divieto di disporre fu esteso ai militari in riguardo alle loro concubine, le quali erano disegnate nel diritto romano colla denominazione di *focariae*. Indipendentemente dall'intensione di alienare i militari da inclinazioni che snervavano il loro coraggio, si volle con ciò premunirli contro le seduzioni, che li avrebbero trascinati alla totale dissipazione delle loro sostanze (2).

In progresso di tempo però la libertà di disporre anche tra concubinarj liberi ricevette delle modificazioni, di cui faremo parola qui appresso, parlando dei figli naturali.

(Delle disposizioni in favore dei figli naturali)

Riguardo ai figli naturali, la libertà di donar loro era illimitata; ma in seguito fu ristretta: e questa parte è una di quelle, in cui la legislazione romana ha sofferto maggiori variazioni.

Da prima gl'imperadori *Arcadio* ed *Onorio* vollero che il padre naturale, quando avesse la madre sua o dei figli legittimi non potesse

(1) Veggansi le leggi del titolo del codice *de incest. et inut. nup.* ed *Alessandro d' Alessandro*, *Genial. dier.* lib. 6. cap. 15.

(2) *Nam licet cessante jure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo.* Così scrisse l'imperadore Antonino nella legge 2. al Cod. *de don. int. vir. et ux.* Vi sono molte leggi del digesto conformi a tale massima.

donare ai figli naturali ed alla loro madre se non la dodicesima parte dei suoi beni, ed a quest'ultima sola la vigesima parte. Non pertanto se la porzione data ai figli legittimi non uguagliava la quota, che per legge poteva essere lasciata ai figli naturali, la porzione di costoro doveva essere ridotta.

In seguito gl'imperadori *Valentiniano*, *Valente*, e *Graziano* permisero, che se il donante non avea nè madre nè figli legittimi, potea donare ai suoi figli naturali ed alla loro madre, il quarto di tutti i suoi beni. Eneccio fa osservare, che questa restrizione di disporre avea principalmente per oggetto di deviare i cittadini dal concubinato, e di promuovere i matrimonj; di modo che non può dirsi, che questa legislazione fosse stata concepita precisamente nel senso di una *indegnità* sanzionata contro le concubine; a differenza delle persone che viveano in adulterio o incesto, come tra poco diremo.

Giustiniano però con diverse costituzioni successive vi portò dei cangiamenti. Da prima accordò, nei casi di sopra esposti, la facoltà di donare ai figli naturali sino alla metà dei beni; in progresso concessè la libertà di donare tutti i beni, sempre che non esistevano i figli legittimi, volendo soltanto che qualora sopravvissero il padre, e la madre del padre naturale, si desse a costoro la legittima, che il diritto romano accordava agli ascendenti (1).

(1) Si attinge la storia di questa legislazione nelle leggi 2, e 9 del Codice, *de natural. lib.*; nella 1, e 8 del Codice teodosiano, detto tit. *de natural. lib.*, e nella novella 89.

Tutto il fin quì detto intorno ai figli naturali, riguarda soltanto quelli che erano nati da persone libere, le quali viveano in concubinato. In quanto agli altri, che erano il frutto di unioni adulterine ed incestuose, questi eran trattati colla massima severità. Eglino erano incapaci di ricevere donazioni e legati dai loro genitori. Giustiniano, colla novella 88, cap. 15, spinse il rigore fino a privarli del dritto di domandare gli alimenti.

In Francia, allorchè la religione e le leggi riconobbero per legittima la sola unione dei due sessi col mezzo del matrimonio, coloro che vivevano in concubinato non potevano affatto donarsi a vicenda. Molte costumanze conteneano su di ciò disposizioni espresse; tali erano quelle di *Anjou*, *Lodunois*, *Touraine*, *Grand-Perche* e *Chambray*. All'infuori di tai costumanze era un assioma di diritto, che *non vale la donazione tra concubini*. Si tentò di rendere questo principio un articolo di legislazione coll'art. 132 dell'ordinanza del 1629, che, come è risaputo, non ebbe forza di legge, almeno non in tutti i Parlamenti.

Lo stesso principio, e con più ragione osservasi, quando l'unione avea i caratteri dell'adulterio ovvero dell'incesto. In tal caso le sole leggi romane sarebbero bastate, nei paesi di dritto scritto, per far pronunziare la nullità della disposizione. La liberalità in questo caso era proscritta per effetto d'indegnità, e quindi si devolveva al fisco (1): ma secondo gli usi francesi questa indegnità tornava a vantaggio degli eredi.

(1) L. 13, §. *de his quae ut indignis auferuntur*, e l. 6, *de incestis nuptiis*.

Non per tanto, secondo i casi e le circostanze che rendevano le disposizioni più o meno favorevoli, la giurisprudenza le tollerava, ma soltanto quando queste erano modiche, altrimenti le riduceva, ed a titolo di alimenti (1).

In quanto ai figli naturali, la giurisprudenza francese distingueva quelli che nascevano da semplici concubinarj, dagli altri che erano il frutto di unioni incestuose o adulterine.

Questi ultimi erano incapaci di ricevere disposizioni universali. Nondimeno la giurisprudenza si era allontanata dalla durezza dell'antico diritto romano a loro riguardo. Dessa permetteva dei legati tenui, che avessero per oggetto di procurar loro uno stato o gli alimenti: per altro il padre e la madre sarebbero stati nell'obbligo di somministrarli.

Riguardo ai figli naturali nati da illecite unioni tra persone libere, due sole costumanze si conoscono, che permettevano di fare in loro favore disposizioni universali, cioè quella di Alvergna art. 47, tit. 14, e l'altra del Borbone. La disposizione però non poteva aver luogo se non con istituzione contrattuale, ed essa avea il suo effetto anche contro i figli legittimi, salvo a costoro la legittima. Coteste costumanze parlavano soltanto dei figli naturali o *bastardi*, senza distinzione; ma la giurisprudenza avea ristretto la loro applicazione ai

(1) Ricard *des donations* par. 1. Cap. 3. sez. 8 n. 414, 415, e 416. Se vuol conoscersi con dettaglio maggiore la giurisprudenza francese, secondo i varj casi, si consultino le quistioni di dritto del sig. Merlin, alla parola *Concubinages*.

soli figli naturali nati da persone libere. In oltre, le loro disposizioni, anche sotto questo rapporto, erano diventate oggetto di censura generale. Molineo, in una nota sull' art. 47 del tit. 14 della costumanza di *Alvergna* testè citata, così si scaglia contro i redattori di questa costumanza: *Compilatores non intellexerunt terminos juris, nec est ferendum quod spurius plus habeat naturali et legitimo, etiam si spurius ille esset legitimatus*. Ed anche Brodeau, sull' enunciato articolo di detta costumanza, parlando del figlio naturale, il quale poteva avere il favore di essere migliorato, così si esprime: *nec debet esse melioris conditionis quam legitime natus, ne plus habeat luxuria quam castitas*.

Convien però notare, che, secondo l' articolo 10, del tit. 12 di tale costumanza, i bastardi erano incapaci di succedere.

Altre costumanze, come quelle di *Tours*, *Sèdan*, e *Melun* permettevano che si disponesse in loro favore di una quota più o meno forte. Ma talune altre, tra cui quella di *Bretagna*, permettevano soltanto delle liberalità in usufrutto per alimenti.

Fuori delle costumanze le quali contenevano delle regole su tal materia, la sorte dei figli naturali fu subordinata ad una giurisprudenza varia. Ma, dopo un secolo e più, questa giurisprudenza depurandosi si fissò: ed in ciò contribuì particolarmente l'avvocato generale Talon, come rilevasi dalle collezioni. Per regola non più si ammisero le disposizioni generali ed universali: però secondo lo stato e la finanza delle parti

si accordavano delle somme determinate (1).

Le osservazioni che abbiamo fatte sulle disposizioni permesse in favore dei figli naturali, mostrano la sapienza della legislazione attuale su tal materia. Dessa ha preso un punto di mezzo allontanandosi egualmente, e da una severità che degenerava in ingiustizia, e da una rilasciatezza che offendeva il pubblico pudore.

La facoltà di fare disposizioni così estese in pro dei figli naturali, ammessa nelle costumanze dell' *Alvergn*a e del *Borbonese*, poteva anch' essere l'effetto del gran favore, che le medesime aveano accordato alle istituzioni contrattuali. Ma è piuttosto da presumersi, che ciò fosse un avanzo degli antichi usi della Francia, secondo cui eravi una troppo debole linea di demarcazione tra figli naturali e figli legittimi. Sotto le due prime dinastie dei re di Francia, l'ordine di successibilità era facilmente turbato, quando esisteano figli naturali e figli legittimi; ed in tempi molto posteriori, come nel decimoquarto ed anche nel decimoquinto e decimosesto secolo s'incontrano una quantità di titoli di quel tempo, in cui si legge con sorpresa la facilità colla quale taluni si qualificavano *bastardi*; assistiti anche dagli stessi autori dei loro giorni, i quali nel far loro donazione li dichiaravano tali. Sembra che al fine i costumi abbian trionfato, o almeno che la cura con cui si cerca di nascondere le

(1) Ricard, *des donations*, par. 1. cap. 3. sez. 8. n. 438. e seguenti. Potranno forse esservi delle decisioni diverse, per alcune particolari circostanze; ma quel che abbiamo detto era la regola generale.

onte che loro si arrecano, è una specie di omaggio che si rende ai medesimi.

(Della disposizione in favore dei tutori, istitutori e medici ec.)

Indipendentemente delle proibizioni di disporre, di cui abbiamo già parlato, e che partivano da idee di morale, ve n'erano delle altre, che traevano la loro origine dalla presunzione della seduzione o della violenza, a motivo dello stato del donatario in rapporto al donante.

Così il tutore non poteva ricevere disposizione alcuna dal suo pupillo, durante la tutela; e cessata questa neppur poteva riceverne, pria della reddizione ed intera liquidazione del conto dell'amministrazione tenuta.

Cotesta regola non emanava dal diritto romano: anzi parecchie leggi fan supporre il contrario. Ma tal era appunto la precisa disposizione dell'articolo 131 dell'ordinanza del 1539, confermata con una dichiarazione del 1549. Quest'ultima legge comprese nella nullità della disposizione il caso, in cui questa fosse fatta a *persone interposte*.

Non pertanto eccettuavasi dalla incapacità di ricevere il tutore, che fosse ascendente del donante. L'articolo 276 della costumanza di *Parigi* limitava anche questa eccezione al caso in cui l'ascendente non fosse passato a seconde nozze: ma questa limitazione era osservata soltanto nel territorio di tale costumanza.

I giureconsulti seguendo i termini in cui erano concepite le due leggi già citate, l'estesero ai precettori e pedagoghi, in rapporto ai fanciulli che essi ammaestravano, o che erano sotto la

loro direzione; ai maestri in rapporto ai loro allievi; ai medici, cerusici, e farmacisti, ed a tutte le altre persone, che si mischiavano senza titolo nell'arte salutare, come gli empirici, relativamente agli infermi, ch'eglino assistevano (1).

§. 4. *Delle cause che davano luogo alla revocazione della donazione.*

(Della revocazione per sopravvenienza di figli)

Il principio della irrevocabilità della donazione tra vivi ha dovuto cedere alle circostanze, in cui sarebbe stato molto duro il non ammettere delle eccezioni.

Secondo la legislazione francese, rimontando anche ad epoche le più remote, la donazione era revocata di pieno diritto, per la sopravvenienza di uno o più figli al donante, il quale non ne avea nell'atto della donazione. Seguendo le ispirazioni della natura, non si è potuto mai supporre, che il donante avesse voluto preferire chicchessia ai suoi propri figli; e si è dovuto perciò riguardare come tacita la condizione, che la donazione in tal caso rimarrebbe revocata. In appoggio di tal costante legislazione si è sempre citata la legge *Si*

(1) Su quanto abbiamo detto relativamente ai tutori, ed altre persone nelle quali si presume un abuso di autorità, può vedersi Ricard, *des donations*, par. prim. cap. 3. sez. 9. Egli espone, nel numero 503 e seg. una giurisprudenza, che dipendeva molto più dalle circostanze, in quanto alle donazioni fatte dai clienti in favore degli avvocati, dei procuratori e sollecitatori di cause.

unquam, 8. del Codice, *de revocandis donationibus*, emanata dall'imperadore Costanzo, l'anno 355 dell'era cristiana.

Non pertanto questa legge parla solamente del caso della donazione fatta da un patrono al suo liberto; e non vedesi in alcun'altra, che lo stesso principio si fosse applicato alle donazioni tra altre persone. Ciò ha dato occasione a molti autori di suscitare la quistione, se presso i Romani avea luogo la revocazione della donazione in caso di sopravvenienza di figli indistintamente, e chiunque fosse stato il donante ed il donatario.

Esaminando attentamente la quistione, sembra che debba inclinarsi alla negativa. Oltre che la legge limita la revocazione alle donazioni fatte dai patroni in favore dei loro liberti, è da notare, che, secondo il diritto romano, esistevano tra tai persone dei rapporti, che avean potuto far istabilire cotesta regola, senza l'intenzione di estenderla a chiunque altro. Imperciocchè, siccome era ben naturale, che il patrono fosse inclinato più facilmente a gratificare il suo liberto, così era ben giusto, che il liberto fosse più che altri inclinato a restituire al patrono ciò che questi non gli avrebbe donato, se avesse preveduto, che dovea avere dei figli: e ciò tanto maggiormente in quanto che il liberto dovea essere grato al suo patrono per quel che possedeva, specialmente pel suo stato, e per la sua libertà.

A queste ragioni se ne aggiunge un'altra, che è del massimo peso. Dessa è il silenzio, che, intorno alla revocazione della donazione per causa della sopravvenienza dei figli, si osserva

nelle Istituzioni, le quali sono un sunto di tutti i principj del diritto romano. Ivi nel titolo *de donationibus*, §. 2, si parla solo della revocazione della donazione per causa d'ingratitude.

Così pure ha opinato Voet, uno dei più profondi e diligenti giureconsulti, l'ultimo il quale abbia trattata tal quistione (1). Ricard avea scritto prima colle stesse idee (2). Pothier, nelle sue Pandette (3), sebbene non discuta la materia, sembra che avesse la medesima opinione, poichè fa osservare, che nell'uso del foro francese, questa legge, che riguardava soltanto la donazione del patrono in favore del suo liberto, erasi applicata a qualunque altra donazione, allorchè il donante non avea figli al tempo della donazione. Quel che poi prova maggiormente, che questo autore era fermamente in tale opinione, è ciò che egli narra nella sua eccellente opera su la costumanza di *Orleans* (4); di un arcivescovo, il quale restituì i beni donati alla sua chiesa, da una persona, cui dopo la donazione sopravvennero dei figli; quantunque, secondo S. Agostino *non vi era alcuna legge umana, che ve l'obbligasse; lo che prova*, soggiunge Pothier, *che la legge SI UNQUAM non era una legge generale*. Voet avea riportato anch'egli lo stesso squarcio storico.

Comunque però vada la cosa, questa famosa legge *Si unquam* era troppo giusta, perchè fosse

(1) *Commentarius ad pandect*, lib. 39, tit. 3, §. 26.

(2) Trattato delle donazioni, 3. par.; cap. 5. sez. 1.

(3) Lib. 39, tit. 5, §. 48.

(4) Introd. al tit. 15, n. 99.

osservata in tutte le specie di donazioni; e qualunque ne sia stata l'applicazione presso i Romani, dessa sarà sempre risguardata come la sorgente della nostra legislazione su quest'oggetto.

Tal' era in fatto la disposizione di molte costumanze che sono state confermate coll'articolo 39 dell'ordinanza del 1731. Alcune di tai costumanze volevano che le donazioni fossero irrevocabili, anche nel caso di sopravvenienza di figli; allorchè eransi fatte a contemplazione di matrimonio. Ma il citato articolo dell'ordinanza prescrisse la revocazione della donazione non ostante tal circostanza.

(Della revocazione per causa d'ingratitude)

Un secondo motivo, che poteva far revocare la donazione, era la ingratitude del donatario verso il suo benefattore: ciò rilevasi da una quantità di leggi, e particolarmente da quelle del Codice sotto il titolo *de revocandis donationibus*, nel quale parlasi delle donazioni fatte dai patroni in favore de' liberti, e di chiunque altro indistintamente.

Ognun vede, che faceva d'uopo determinare i caratteri della ingratitude. E fu ciò praticato colla legge 10 dello stesso titolo del Codice. Essi sono cinque.

La donazione poteva revocarsi,

1. se il donatario si permetteva delle ingiurie gravi contro al donante;
2. se osava alzare sopra costui le mani empie;
3. se avea tentato di recare un pregiudizio considerevole alla di lui fortuna;

4. se avea commesso un attentato contro alla di lui vita;

5. se ricusava di adempire le condizioni impostegli colla donazione.

Quest'ultima circostanza non avrebbe potuto noverarsi tra le cause d'ingratitude; ma dessa è pur così qualificata dalla legge. Lo stesso ordine han seguito i comentatori del diritto romano, e non può dubitarsi, che in parecchi casi dessa può essere considerata sotto questo punto di vista.

Egli è essenziale di far osservare, che la stessa legge 10 del codice, *de revocandis donationibus*, prescriveva, che tutte queste cause fossero esaminate dai tribunali; che fossero fondate su di prove precise; e che l'azione che ne risultava appartenesse soltanto al donante, senza poter passar ai di lui eredi.

Gli esposti principj della legislazione romana, concernenti la revocazione della donazione per causa d'ingratitude, formavano in generale la base della legislazione francese su questa materia.

(Della donazione *propter nuptias*)

Crediamo averne detto abbastanza per un sunto su l'antica legislazione, intorno alla donazione tra vivi. Le leggi romane sotto al titolo di *donatio propter nuptias* avevano pure messi nel rango delle donazioni tra vivi quelle dello sposo in favore della sposa. Giustiniano lo ricorda nelle Istituzioni (lib. 2, tit. 7, §. 3). Ma queste donazioni avendo per oggetto di conservare la dote, o di assicurare alla don-

na, in taluni casi, un indennizzamento su i beni del marito, in rimpiazzo o in compenso della stessa dote, non dee parlarsene in un'opera, che versa soltanto su le disposizioni puramente gratuite: cotesta specie di donazioni ha maggior nesso colle convenzioni matrimoniali.

SEZIONE II.

Del testamento e del codicillo.

§. 1. *Del Testamento secondo i principj del diritto romano.*

(Antico carattere del testamento. Esso era l'effetto di una legge)

La legislazione romana su i testamenti, tanto per la sostanza delle disposizioni, quanto per le forme, ha variato secondo che si sono cangiati i costumi, e gli usi figli della politica costituzione.

Per formarsene qualche idea, non basta riportarsene al diritto romano nuovo, ma fa mestieri rimontare alle sorgenti: è questo il solo mezzo onde internarsi dei principj su questa materia, e conoscere le cause di certi usi, che si sono conservati, e che sono un'ombra degli antichi.

Non si rievoca in dubbio che i testamenti

erano in uso in Roma, anche pria della legge delle 12 Tavole, la quale è dell'anno 303 della fondazione di quella città. Esistono delle notizie storiche, le quali attestano questo fatto.

In quel tempo il testamento facevasi al cospetto del popolo riunito nei comizj; e desso non esisteva se non per virtù dei suffragi dei cittadini, cioè di una legge.

La legge chiamava alla successione gli agnati ossia i parenti della linea maschile. Stavasi singolarmente attaccato a quest'ordine di succedere, il quale prendeva origine dal modo di dividere le terre sotto Romolo (1). I Romani opinavano che quest'ordine di successione, perchè stabilito con una legge fondamentale, non potesse esser derogato se non con altra legge.

Il testatore presentavasi innanzi al popolo riunito. Egli faceva un testamento in forma di legge, nel quale nominava un erede, e pregava il popolo di confermarlo (2).

Questi comizj erano quelli che appellavansi *comitia calata*, ai quali assistevano i Sacerdoti. Costoro prendevano cura della conservazione dei *penati*, pei quali i Romani avevano il massimo rispetto, e che passar doveano dalla casa del testatore in quella dell'erede.

La legge decemvirale, ossia la legge delle

(1) Veggasi intorno agli agnati ed al partaggio Montequieu, *spir. delle leggi*, lib. 27, cap. unico.

(2) *Ibi quicumque testamentum facere volebat, illud in concione populi condebat per modum legis, rogando ut quis sibi heres esset, quae rogatio, populi suffragio confirmabatur.* Pothier, *pand.* lib. 28. tit. 1. art. 20.

dodici Tavole, recò un grandissimo cangiamento alla legislazione su i testamenti: dessa introdusse nuove idee, e dette luogo a nuovi usi. Ciò avvenne col tanto celebre frammento di detta legge *Pater familias uti legassit super familia, pecunia, tuiclavæ suæ rei, ita jus esto* (1).

(Il testamento cessò di essere l'effetto di una legge)

In conseguenza di ciò il testamento, il quale pria dovea essere l'effetto di una legge, dipese interamente dalla volontà del testatore. È da presumersi che cotesto cangiamento fu attinto presso i Greci, (ove Solone avea ammesso i testamenti come il risultamento della volontà particolare), essendo noto che si spedirono degli incaricati in Grecia per raccogliere, sulla legislazione, delle notizie, che formarono in parte la base della legge delle dodici Tavole. Questa legge però dette una latitudine di disporre maggior di quella stabilita colla legge di Solone. E può dirsi che il popolo romano fu sommamente geloso di tale libertà, che riguardava come un favor particolare, annesso al titolo di cittadino di Roma: in fatto non si poteva nè ricevere nè donare con testamento, se non si godeva l'esercizio dei diritti annessi a quel titolo.

Ove si ponga mente a ciò, si rimarrà convinto, che i cittadini romani si arrogarono il potere di fare individualmente ciò che altre volte non lo si

(1) Esistono delle differenze su la lettura di questo passo, ma esse riguardano principalmente lo stile. Noi scegliamo quella più comunemente ricevuta.

potete se non col ministero della legge; in modo che ciaseun testamento fu riguardato come una legge dettata dal padre di famiglia. Se tra tutti gli atti pubblici la legge occupava il primo posto; in ciascuna famiglia non vi era cosa più importante del testamento: desso era una legge domestica.

Bisogna pure rimarcare, che la parola *legasit*, nel suo primitivo significato, rendeva l'idea di una legge fatta da un testatore. La parola *legare* corrispondeva a questa, *legem dicere*, *legis modo aliquid praecipere*; e di là venne la massima *dicat testator, et erit lex* (1).

Dopo lungo tempo l'accezione della parola *legare* fu ristretta ad una liberalità particolare.

Colle parole *pecunia* e *familia* i Romani intendevano ogni sorta di beni (2). Gli stessi figli riguardo al loro padre erano assimilati ai beni, come già abbiamo detto. In prima il padre poteva istituirli eredi, diredarli, ovvero obbligarli. Questo diritto fu corretto molto tempo dopo, come faremo osservare in seguito; e non dee far sorpresa che il padre avesse questo illimitato potere, ove si ponga mente, che nei primi tempi di Roma il padre avea su i figli il diritto di vita e di morte, e che poteva venderli sino a tre volte (3).

(1) È assolutamente in questo senso, che si spiega la novella 22, cap. 2, che ricorda la legge delle dodici Tavole.

(2) Perciò la divisione di una eredità chiamavasi nel diritto romano, *familiae eriscundae iudicium*.

(3) Montesquieu dice: » La ragione, per cui le leggi romane restrinsero tanto il numero di coloro

La parola *tutela* importava il diritto di nominare col testamento un tutore ai figli. Il padre poteva anche nominar loro un erede, nel caso che morissero pria dell'età, nella quale le leggi permettevano di testare; ch'era quella della pubertà, fissata a quattordici anni pei maschi, ed a dodici per le femine.

(Chi poteva testare secondo l'antico diritto)

Finalmente dalla parola *pater familias* risulta, che il solo padre di famiglia poteva testare. Non è già che il figlio di famiglia fosse privo del titolo di cittadino romano; ma le leggi accordavano il diritto di testare solo a

» che potevano succedere ab intestato fu la legge della
» divisione delle terre; e la ragione per la quale esse
» estesero tanto la facoltà di testare, fu perchè il padre, potendo vendere i suoi figli, a più forte ragione poteva privarli dei suoi beni. »

Egli dice nello stesso capitolo: » La facoltà indeterminata di testare accordata presso i Romani, distrusse a poco a poco la disposizione politica sulla divisione delle terre. Dessa introdusse, più che ogni altra cosa, la funesta differenza tra la ricchezza e la povertà. Molte quote si riunirono nelle mani del medesimo individuo; taluni cittadini ebbero troppo, infiniti altri nulla. Così il popolo, continuamente privo della sua porzione, sollecitò nuova divisione di terre. Esso domandola quando la frugalità, la parsimonia, e la povertà formavano il carattere distintivo dei Romani, del pari che ne' tempi in cui il loro lusso fu portato all'eccesso. »

Spirito delle leggi lib. 27. cap. unico.

Questa osservazione potrebbe esser vera riguardo a' Romani ne' primi tempi, senza che possa indursi alcuna illazione riguardo ad altri popoli.

chi era *sui juris*; ed il figlio di famiglia non era tal. Egli non poteva disporre per testamento, anche quando il padre vi avesse consentito, perchè una volontà particolare non poteva derogare alle leggi. I figli di famiglia ottennero in seguito questa facoltà, soltanto pel di loro peculio castrense o quasi castrense (1).

Bisognava essere cittadino romano per potersi presentare ai comizj; e sebbene il testamento potesse farsi, secondo la legge delle dodici Tavole, in altro modo, che innanzi all'assemblea del popolo, come diremo in appresso; nondimeno si vide durare per molto tempo dopo il divieto di testare, contro quelli che non potevano anticamente comparire innanzi al popolo congregato.

Quindi, le donne, che non aveano tal diritto, e che allora erano sotto l'autorità dei loro mariti, presso a poco come i loro figli, furono per lungo tempo prive del diritto di testare.

I sordi ed i muti, i quali non erano ammessi nei comizj, neppure poteano testare. Eglino ebbero tale facoltà allorchè s'introdussero i testamenti scritti, dei quali parleremo di qui a poco.

Ho avuto già occasione di dire nel §. 3. della prima sezione di questo discorso, che coloro i quali per condanne criminali erano privi della qualità di cittadino, non potevano disporre, nè ricevere per testamento.

Esporrò poi, nel §. 3. di questa sezione, quan-

(1) Istit. lib. 2. tit. 12. §. 1; Pothier, *Pandectae* lib. 28. tit. 1. n. 10 e 11.

to concerne la incapacità degli stranieri, relativamente alla facoltà di disporre o di ricevere per donazione e per testamento.

Da che, dopo la legge delle dodici Tavole, la facoltà di disporre per testamento dipese dalla volontà di ciascun cittadino, non fu più necessario, come per lo innanzi, di ricorrere al popolo congregato. Non per tanto può dubitarsi se il testamento in *calatis comitiis* continuasse ad usarsi anche per qualche tempo dopo: è però certo che non andò guari, che tal forma fu abolita. E tanto più quest'uso dovette cessare in quanto che, riunendosi comizj due sole volte in ciascun anno, ed essendosi aumentata la popolazione, non che gli affari da sottoporsi al suffragio del popolo, si sarebbe sovente incorso nella impossibilità di testare.

(Del testamento *per aes et libram* e di quello chiamato *praetorium*)

Cessato tal uso, il testamento fu fatto sotto la forma di una vendita imaginaria, *per aes et libram*. Montesquieu la ricorda in questi termini:
 » Si credette conveniente permettere a tutti i
 » cittadini di fare il loro testamento alla pre-
 » senza di cittadini romani puberi, i quali rap-
 » presentassero il corpo del popolo. Fu quindi
 » stabilito, che, innanzi a cinque cittadini, l'erede
 » comprasse dal testatore la sua *famiglia*, ossia
 » la sua eredità: un altro cittadino con una bi-
 » lancia ne determinasse il prezzo; poichè i Ro-
 » mani non ancora aveano la moneta.

» Pare, (continua Montesquieu), che quei
 » cinque testimonj rappresentassero le cinque
 » classi del popolo, e che non contavasi la se-

» sta, composta di gente che nulla possedeva » (1).

Questa forma di testamento fu in uso non solamente finchè si sostenne la repubblica, ma, secondo taluni giureconsulti, anche in fino al tempo dell'imperatore Costantino; e secondo altri in fino al tempo dell'Imperador Costanzo suo figlio. I Pretori però, anche prima di questo imperadore, avevano introdotto un testamento sotto una forma più semplice. Egli accordavano il possesso dei beni all'erede, quando esibiva un testamento

(1) Colui che portava la bilancia chiamavasi *libripens*, e l'erede, *familiae emptor*. Il testatore diceva, volgendosi ai testimoni, e tenendo in mano il testamento (*tabulas*): » *Haec uti in his tabulis cerisve scripsi ta sunt ita do, ita lego, ita testor. Itaque vos, qui ritestimonium perhibetote* » Veggasi Hotman, *Comm. verb. jur.* alla parola *Testamentum per aes et libram*. Pothier, *Pandect. lib. 28. tit. 1. art. 21.*

Montesquieu soggiunge. » Non bisogna dire con » Giustiniano, che tali vendite erano immaginarie: esse lo » addivennero, ma in sulle prime non lo erano punto. » Egli è indubitato però, che secondo la formola già riportata, l'atto conteneva in se stesso una liberalità testamentaria. S'improntavano solo le forme della mancipatione, che, nel diritto antico, avevano pure luogo nella donazione tra vivi. Questa forma era quella, che, nello stesso diritto antico, era stata inventata per rendere più solenne ogni rilascio di qualunque proprietà. Inoltre, il testamento di cui parliamo, non chiamavasi soltanto per *aes et libram*, ma vi si aggiungeva anche per *mancipationem imaginariam*. Nello stesso modo si espresse Ulpiano assai prima di Giustiniano; Veg. Pothier, *ibid.* Questa nota sarebbe suscettibile di molto sviluppo; ma noi diamo qui un sunto e non un'opera *ex professo*. Trattasi in oltre di una materia, di cui basta dare ai giovani una idea generale.

fatto e scritto in presenza di sette testimonj, i quali lo avessero munito de' loro rispettivi suggelli: questo chiamavasi *testamentum prae-torium*.

(Dei testamenti *nuncupativo* e *mistico*)

Finalmente dal tempo dell'imperadore Costanzo, sino a Giustiniano, si diedero ai testamenti nuove forme: desse possono ridursi a due; cioè al testamento *nuncupativo* ed al testamento *mistico* o segreto (1), entrambi conservati nella nostra legislazione, dalla quale si è data al primo la denominazione di *testamento per atto pubblico*.

Il testamento *nuncupativo* consisteva nella emissione della volontà in presenza di sette testimoni. Non bisognava che si fosse messo in iscritto; e ciò dette luogo alla sua denominazione. La parola *nuncupare* importava, *voce nominare*. Dopo la morte del testatore i testimonj si presentavano al giudice, per attestare la verità delle disposizioni, che avevano udite. Ognun vede, che cotesto sistema avea dei gravissimi incon-

(1) Ci asteniamo di parlare di alcuni altri testamenti, diversi in quanto alla forma, come quelli che facevansi innanzi al principe, (*coram principe*, o *principi oblatum*); innanzi al giudice, (*apud acta*); innanzi a' magistrati municipali, (*municipium*), il cui uso è confermato dalla legge 19 del Codice, *de testamentis*; quello che faceasi nelle campagne, per lo quale si richiedea minor numero di testimoni scriventi, e di cui parlasi nell'ultima legge del Cod. *de testam.* Ci limiteremo alle due forme più generali, e che sono state tra noi conservate, almeno in gran parte.

venienti, soprattutto nel caso che le disposizioni erano complicate: oltre a ciò potea avvenire che taluno dei testimonj morisse prima di tale dichiarazione giudiziaria (1).

Si ha ragion da credere, che questa specie di testamento poteva mettersi in iscritto alla presenza dei testimoni, nel momento in cui facevasi. Parecchie leggi fanno anche supporre questo uso. Il testamento però era sempre *nuncupativo*, in quanto che le disposizioni doveano essere dichiarate dal testatore, e che desse doveano essere note (2).

Quel che non si rivoce in dubbio è, che colla legge 8.^a del Codice *qui testam. facere possunt*, i ciechi ebbero la facoltà di fare scrivere il lor testamento *nuncupativo*, facendo chiamare, oltre i sette testimonj, un ufficiale conosciuto presso i Romani sotto il nome di *tabularius*, destinato a scrivere i testamenti, od in sua mancanza, un ottavo testimonio che lo scrivesse.

È anche certo che questa forma di testamento è quella stessa, che finora è stata in uso sotto il medesimo nome di testamento *nuncupativo*, quantunque fossè stato scritto da un pubblico ufficiale, poichè, specialmente dopo l'ordinanza del 1735, tutti i testamenti hanno dovuto essere scritti. Esso chiamavasi *nuncupativo*, perchè il

(1) Questa forma ha esistito in molti paesi di diritto scritto, sino all'ordinanza del 1735, la quale nel suo primo articolo l'abolì. Veggasi su di ciò Furgole, *su i testamenti* cap. 2. sez. prim. n. 21, e sez. 2. n. 23, e seguenti.

(2) Veggasi Ricard, trattato *des donations* par. prim. n. 1335.

testat ore dovea farne conoscere le disposizioni; a differenza del testamento *mistico* o segreto (1).

Quanto a questa seconda specie di testamento, dessa fu introdotta in favore di coloro i quali volevano, che le loro disposizioni fossero ignorate sino alla loro morte, ad oggetto di non dar dispiacere agli eredi del sangue, che eglino privavano dei loro beni, o a chiunque altro, che poteva sperare delle liberalità. Il testamento era presentato ai testimonj, che doveano sempre essere al numero di sette: desso era chiuso affinchè non potesse sostituirsi altro: tutto ciò era comprovato con un atto esterno, che costituiva la solennità di questo testamento. Le forme ne sono prescritte colle leggi 21, 28, e 29 del Codice, *de testamentis*, e colla novella 119, cap. 9.

I due testimonj che in queste due specie di testamenti intervenivano, al di là dei cinque sufficienti per lo testamento per *aes et libram*, rappresentavano, l'uno quegli che teneva la bilancia, *libripens*, e l'altro l'acquirente della eredità, *familiae emptor* (2).

(1) La parola *mistico* deriva dall'aggettivo greco *μυστικός*, *secreto*. Bretonier, *Quistione di diritto*, alla parola *Testamento mistico*, pag. 364, tomo 2.^o dice, che la legge chiama questo testamento *mistico*, perchè partecipa del *nuncupativo* e dell'olografo: egli lo prende nel senso di un testamento *misto*. A malgrado il rispetto dovuto a sì valente giureconsulto, crediamo poter asserire, che egli ha dato una falsa idea dell'etimologia di questo testamento.

(2) Veggasi Pothier, nota sull'art. 35. del lib. 28. tit. prim. delle Pandette. Può sembrare strano, che uno de' testimonj rappresentasse l'acquirente della eredità, *

I testimonj doveano sempre essere invitati dal testatore, e dovea farsene menzione. Eglino doveano essere chiamati per l'unico oggetto di assistere al testamento: nè era permesso di assistervi casualmente, e con diversa intenzione. La formola, *rogati testes*, derivava dall'antica forma del testamento, che facevasi innanzi al popolo congregato, il quale era pregato di confermarlo, (*rogo vos quiritēs*). Derivava anche dalla formola del testamento *per aes et libram*, fatto innanzi a cinque testimonj, i quali erano invitati ad attestare la verità del testamento.

Questi due testamenti doveano esser fatti senza interruzione, e senza mischiarvi altri atti, lo che le leggi esprimono con queste parole: *uno contextu, eodem tempore*. Era ciò anche la conseguenza dell'uso stesso che osservavasi pei comizj. Se essi erano interrotti, tutto ciò che erasi principiato a trattare era rimesso alle seguenti riunioni; e questo uso fu pure osservato per lo testamento fatto per *aes et libram*.

Tali nuove forme sono tratte da quegli antichi usi, secondo che risulta da parecchie leggi; e Giustiniano stesso conferma questa origine nelle

mentre questi figurava l'erede, e che poi egli stesso fosse una delle parti essenziali all'atto. Ma egli è da notarsi, che quando il testamento per *aes et libram* era in vigore, s'introdusse l'uso di fare, con una scritta separata e secreta, un erede diverso dall'acquirente della eredità, al quale quest'ultimo era obbligato di passarla. Alcuni autori fan rimarcare ciò, e particolarmente il Pothier, *ibid.* art. 21. Questo uso erasi introdotto per timore, che taluno, sapendo di esser egli l'erede, commettesse qualche attentato contra i giorni del testatore.

Istituzioni al titolo *de testam. ordinandis* (1).

Tali forme si sono osservate in Francia sino a' dì nostri, almeno nei paesi di diritto scritto. E bisogna convenire, che tolta la menzione espressa, che i *testimonj erano stati rogati*, la quale fu abolita dall'ordinanza del 1735, art. 6, e fatta pure astrazione dagli altri antichi usi estranei ai nostri, le dette forme han potuto essere giustificate, come tendenti a meglio assicurare le disposizioni dei testatori.

Infine non ogni persona avrebbe potuto servire da testimonio in un testamento: le leggi escludevano da questa funzione coloro i quali non potevano, a causa del loro stato, partecipare del diritto civile dei Romani; tali erano gli stranieri e gli schiavi, i quali per conseguenza non avrebbero potuto nè disporre, nè ricevere per testamento (2).

(1) Se volessimo riportare delle autorità sopra ogni punto, moltiplicheremmo di troppo le citazioni. Oltre le autorità riportate di sopra, veggasi su quanto abbiamo detto, e su quanto altro diremo in seguito relativamente ai testamenti, il lib. 28, tit. prim. del Digesto, e quello che su questo libro hanno scritto Pothier ed Eneccio; il lib. 6. tit. 22 del Codice; le formole del Presidente Brisson, lib. 6; il comentario di Bouchaud sulla legge delle 12 Tavole, pag. 440 e seg. 1. ediz; e Montesquieu, Spirito delle leggi, lib. 27, capo unico.

(2) In tal modo gl'interpreti intendono queste espressioni (§. 6, lib. 2, tit. 10 dell'Istituzioni) *Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamenti factio est*; lo che equivale presso a poco a coloro che erano esclusi dalla partecipazione del diritto civile. Le donne, i sordi, i muti, gl'interdetti non ostante che lo godeano, non potevano far da testimoni nei testamenti; ma ciò era per ragioni particolari relative al loro stato. Può vedersi Vin-

Coloro poi che avevano le qualità richieste dalle leggi, doveano essere puberi. Le donne non poteano far da testimonj in un testamento; sia perchè anticamente erano nella interdizione di testare, non potendo entrare nei comizj; sia perchè un sentimento di pudore e di timidezza naturale al loro sesso, le allontanava dalle funzioni pubbliche. Gl'interdetti, i sordi, i muti ne erano anch'essi incapaci; e coloro i quali erano notati d'infamia n'erano indegni. L'erede istituito non poteva far da testimonio, ma il legatario ed il fedecommissario ne avevano la capacità. (*Istituzioni lib. 2, tit. 10.*)

E qui convien far osservare una cosa essenziale; cioè che, in tutti i tempi, la istituzione di un erede è stata indispensabile per la validità del testamento. Dessa erane il fondamento; e ciò nasceva da che in sulle prime il testamento era effetto di una legge, la quale non poteva avere altro oggetto che di derogare all'altra che fissava l'ordine delle successioni, permettendo di sostituire l'erede testamentario all'erede del sangue.

Di là il gran principio del diritto romano, che niuno poteva morire con aver disposto per testamento di una parte soltanto dei beni, e non del rimanente: lo che le leggi romane esprimevano con questa frase, *partim testatus, partim intestatus*. Non si poteva essere erede che per legge, o per testamento; e non si poteva esserlo ad un tempo in virtù dell'una e dell'altro:

no, sul §. degl'Istituti qui sopra citato, e le Pandette di Pothier, lib. 28, tit. prim. sez. 2. N. 27, 28, 29, alle note.

ciò produsse questa conseguenza, che la istituzione di erede in una parte della successione, per quanto tenue fosse stata, avea la forza di tutto attribuire all'erede testamentario (1).

L'uso di queste parole, *istituzione di erede*, l'effetto che sinora erasi loro attribuito, hanno obbligato i legislatori francesi ad esser cauti, nel determinare il senso che avrebbe nell'avvenire cotesta espressione, che sarebbe stato inconveniente di sopprimere. Ciò sarà osservato in questo trattato, alla part. 2, cap. 1; e qui si avverte anticipatamente l'utilità delle istoriche spiegazioni che diamo.

Essendo il testamento, in su le prime l'effetto di una legge, ed in seguito una legge particolare, ne segue che desso dovea essere concepito in termini diretti ed imperativi. La legge 15 del Codice, *de testamentis* fu quella che permise poi di esprimersi diversamente.

Queste tre parole, *Lucius haeres esto*, formavano un testamento, allorchè non vi erano legati o eseredazioni (2). Lo stesso laconismo regnava quando trattavasi di diredare il figlio, pria che fosse stato necessario di esprimere le cagioni della eseredazione. *Publius filius meus exhaeres esto* (3).

(1) Vegg. Eneccio *Elem. jur. civ. sec. ord. Pand. lib. 28, tit. prim. §. 2.*

Vegg. pure le *Questions transitaires* di Chabot de l'Allier, vol. 2, alla parola *Testament*, opera venuta alla luce dopo la prima edizione di questa: è stato per noi lusinghiero il vedere, che egli abbia adottato la nostra divisione dei testamenti nelle loro diverse specie.

(2) Legge 1. §. 3, ff. *de haered. instit.*

(3) Formole di Brisson pag. 674, ediz. del 1583; Istit. lib. 2, tit. 13, §. 1.

I testatori si compiacevano di tramandare coi loro testamenti quei consigli che credevano utili ai loro posterì, e di farvi delle onorevoli commemorazioni dei loro amici. Tal volta ancora i testamenti contenevano una istituzione di erede, in favore de' figli, con espressioni assai più luttuose e terribili della stessa eseredazione, che non fosse stata motivata. *Filius meus impiissimus, mala de me meritus, haeres esto.* L'esempio di sì fatta istituzione di erede trovasi nella legge 48, ff. *de haered. instituend.*

L'origine stessa del testamento presso i Romani diede luogo al principio invalso nella loro legislazione, che la facoltà di far testamento era di diritto pubblico (1).

(Delle tre altre specie de' testamenti chiamati *privilegiati*)

Allorchè abbiamo detto che i testamenti eransi ridotti alle due specie di cui abbiamo parlato, noi abbiamo inteso dirlo sotto il rapporto dei testamenti ordinarij, e relativamente ad ogni sorta di persona. Eranvi però tre altre specie di testamenti, che i giureconsulti nelle loro divisioni han considerati come privilegiati; perchè potevano esser fatti senza che vi si osservassero le regole generali dei testamenti.

(Del testamento *inter liberos*)

Il primo di questi testamenti era quello del padre tra suoi figli. È questo il testamento

(1) *Testamenti factio non privati, sed publici juris est.* Leg. 3. ff. *qui test. fac. poss.*

tanto risaputo nel diritto romano sotto il nome di *testamentum inter liberos*. Esso fu dispensato delle formalità ordinarie, dall'imperadore Costantino (1); e tale privilegio fu accordato soltanto al padre, in conseguenza della grande autorità che l'antico diritto concesse al padre su i suoi figli. Ma, in progresso di tempo, l'imperadore Teodosio estese questo privilegio a tutti gli ascendenti dell'uno e dell'altro sesso (2).

Le formalità di questo testamento erano semplicissime e molto incerte prima della novella 107 dell'imperador Giustiniano. Le leggi che regolavano tali formalità (3) erano piene di oscurità, come lo stesso Giustiniano fa osservare nella sua Novella 107. Era ben difficile di conciliarle: e per rimediare a tale inconveniente questo imperadore, nella riferita ultima Novella, cap. 1, regolò nuovamente tali formalità.

Fu quindi stabilito che se un padre o altro ascendente, che sapesse scrivere, volesse disporre in favore dei suoi figliuoli, bastava che lo avesse scritto. Egli dovea mettere di sua mano la data, i nomi dei suoi figli, le porzioni in cui istituiva ciascun di essi; il tutto non con cifre o segni, ma per esteso in lettere e senza abbreviazioni, affinchè la sua disposizione fosse in tutto chiara e precisa (4).

(1) Coll'ultima legge, al Cod. *famil. ercis.*

(2) Legge 21, §. 1. al Codice, *de testament.*

(3) Queste leggi erano la legge 21, §. 1. del Codic. *de test.*; la legge ultima, del Codice, *famil. ercis.* e la Novella 18.

(4) Coloro che meglio volessero conoscere il senso di questa Novella 107 e le difficoltà che sorgano dalle

(Da ciò ebbe origine il testamento *olografo*)

Era essenziale di ricordare questa specie di testamento, perciocchè può dessa riguardarsi come l'origine del testamento *olografo* (1). Sembra che l'imperador Valentiniano ammise quest'ultima maniera di disporre per qualunque altra persona, ed in tutt' i casi (2); ma colla Novella 107 Giustiniano ne conservò l'uso soltanto per le disposizioni degli ascendenti in favore dei loro figli.

Ciò che pare aver determinato Giustiniano ad abolire il testamento olografo per tutte le persone, eccetto che per gli ascendenti, i quali disponevano in favore dei discendenti, è il principio, che le leggi romane, su tal materia, richiedono testamenti solenni, e che per tal ragione bisognava corredarli di molte forme. Quindi il testamento *inter liberos* è chiamato in tutto il di-

precedenti leggi, potranno consultare una dotta dissertazione fatta a quest'uopo da Furgole, su i testamenti cap. 2, sez. 1, n. 30 e seg.

(1) La parola *olografo* è un composto di due parole greche, *ολος*, *totus*, e *γραφω* *scribo*. La parola greca *ολος*, ha formato in latino il *solus*. Qui significa *solo*. Veg. il *lexicon del Tusano*, ediz. del 1552, alla parola *ολος*. In vero un oggetto, veduto nel suo tutto, si considera isolatamente e per astrazione. Noi facciamo questa osservazione, poichè abbian veduto contrastare questa etimologia anche da persone dotte. Dessa indica che il testamento è scritto *interamente* dal testatore.

(2) *Beneficio nostrae sanctionis intestatus nemo moritur cui fuerit sollicitudo testandi, si olographa manu testamenti condantur.* Nov. 22. Cod. teodos. de testam. Vedete pure Henrÿs, vol. 3. ult. ediz. lib. 5. quis. 67.

ritto romano testamento imperfetto, (*testamentum imperfectum*); e la facoltà di testare in tal modo, accordata ai soli ascendenti, era un vero privilegio. Se questo testamento avesse contenuto disposizioni in favore di estranei, desse sarebbero state nulle.

(Del testamento militare)

La seconda specie di testamento privilegiato era il testamento militare.

Nei primi tempi di Roma, ed anche pria della legge delle dodici Tavole, il popolo permise ai cittadini, i quali partivano per la difesa della patria, di fare sotto le armi un testamento con minori forme dei testamenti ordinarij; e dee presumersi che gli si accordarono maggiori favori che al precedente. Questo era il testamento *in procinctu*, di cui parlano Plutarco nella vita di Coriolano; Vellejo Patercolo lib. 2, cap. 5; Cicerone lib. 1, *de Oratore*, e che vien ricordato da Giustiniano (*institutiones lib. 1 tit. 10 §. 1.*)

In quel tempo, in cui ciascun cittadino era soldato, il Romano che andava incontro alla morte, nel momento in cui dovea affrontare il nemico, dichiarava in presenza di quattro, o anche di tre cittadini la sua ultima volontà, ed essa era religiosamente eseguita (1).

Questo testamento è interamente diverso dal testamento militare, che fu introdotto molto

(1) Vedete Sigonio, *de antiquo jure civium Romanorum*, cap. 12; ed Eneccio *Elem. jur. civ. sec. ord. Instit. lib. 2, tit. 11, §. 502.*

Dopo sotto gl'imperadori, e che facevasi soltanto all'armata. Cicerone parla del testamento *in pro-cinctu* come andato in disuso in tempo suo. Questi cangiamenti ebbero origine da che fu mutato il modo della formazione delle milizie romane.

Egli è vero però che in diversi tempi gl'imperadori romani, principiando da Giulio Cesare sino a Giustiniano, accordarono ai militari dei modi più facili di testare. Ed il favore accordato al testamento dei militari non si limitò alle sole forme; ma fu loro permesso di fare più che gli altri cittadini, i quali, per distinguerli dai militari, sono indicati nel romano diritto col nome di *pagani*.

Risulta dalle leggi, che compongono il titolo 1 del libro 29 del Digesto, ed il titolo 21 del 6 libro del Codice, che, in quanto alle forme, se il testamento era scritto, esso dovea essere eseguito senza bisogno dell'intervento di testimoni; se il testamento era *nuncupativo*, vale a dire fatto col vivo della voce, la dichiarazione di due testimonj bastava per provare la sua esistenza, ed a farvi dare esecuzione.

Nella sostanza poi, qualunque erano le disposizioni, desse doveano avere il loro effetto, purchè non erano contrarie nè ai costumi, nè all'ordine pubblico; in modo che questo testamento era esente da tutte le limitazioni di cui abbiamo parlato.

I militari quindi poteano istituire eredi alcuni di quei, che secondo le leggi erano incapaci di ricevere a questo titolo.

Poteano pure a lor piacimento, eserdare o obbliare i loro figliuoli, anche quando ciò non era permesso al resto de' cittadini.

Aveano anche la facoltà di legare al di là delle quote fissate colla legge *falcidia*, di cui parleremo in seguito; e contro i loro testamenti non potea farsi valere la massima, che non poteva morirsi *partim testatus, et partim intestatus*.

In una parola, tutti i favori accordati al testamento dei militari corrispondono alle graziose espressioni, che loro dicesse l'imperadore Trajano in una legge, che può dare una giusta idea dello spirito che regolò cotesta legislazione (1).

L'imperadore Costantino, volle che si desse esecuzione a tutto ciò, che un soldato, spirante sul campo di battaglia, avesse scritto in lettere di sangue sul suo scudo, o sul fodero della sua spada; o che avesse segnato su la polvere colla punta della spada (2).

Il privilegio però del testamento militare apparteneva soltanto a coloro che erano nell'esercito in tempo di guerra. *Milites in expeditione degentes, in expeditione occupati*,

(1) È questa la legge 1.3, ff. *de testamento militis*. „ *Secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones, simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint. Sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam, nuda voluntas testatoris* „ Nella legge 40 trovansi pure le stesse espressioni.

(2) *Proinde sicut juris rationibus licuit, ac semper licebit, si quid in vagina aut clypeo literis sanguine suorum rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore quo in praelio, vitae sortem derelinquant, hujus modi voluntatem stabilem esse oportet* „ Leg. 15, del Codice, *de testamento militis*.

dicono le leggi 1. 15 e 17 del Codice, *de testamento militis*, lo che vien confermato dalle Istituzioni lib. 2, tit. 11. in prooemio (1).

I militari ne godevano anche quando ratrovavansi in luoghi occupati dai nemici. E questo privilegio apparteneva anche a tutti gli altri cittadini, che erano nel medesimo caso. Ciò è detto nella legge 44, ff. *de testamento militis*, e nella legge unica sotto al titolo *de bonorum possessione, ex testamento militis*. Dal modo come queste due leggi son concepite, si può credere, che, i cittadini i quali non erano soldati e che si trovavano in sì fatta posizione, non godevano di tutti i favori annessi al testamento militare, che abbiamo ricordati; l'unico vantaggio per costoro consisteva nell'abbreviazione delle forme.

I segretarij, e le altre persone del seguito dei generali non godevano del diritto di testare militarmente (legge 16, al Codice, *de testamento militis*.) Lo stesso era per coloro che seguivano gli eserciti colla semplice speranza di diventar militari, ma che non ancora erano

(1) „ *Illis autem temporibus per quae citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis aedibus degunt, minime ad vendicandum tale privilegium adjunguntur* „.

Vinnio, sulle istituzioni, e Gotofredo sulla legge del Codice, *de testamento militis*, hanno interpretato nel seguente modo coteste espressioni. „ *Milites si a castris absunt, in hybernis, vel suis propriis sedibus morantes, hoc beneficio non gaudet. In expeditione autem miles esse intelligitur, non tantum si versatur in acie, in hostico, sed et si sit in castris, in fossatis, in stativis, in praesidiis* „.

iscritti su le liste come tali; sebbene avessero il diritto di viaggiare a spese del pubblico erario (legge 42, ff. *eod. tit.*) Eglino, allorchè trovavansi in un luogo occupato dal nemico, godevano lo stesso favore comune a tutti i cittadini, e di cui testè abbiamo fatto menzione.

Secondo le antiche idee dei Romani, colui il quale era preso dal nemico non poteva testare durante la prigionia, a causa del cambiamento di stato che soffriva. Il diritto di cittadino era sospeso; e l'esercizio di questo diritto era indispensabile a chiunque, per poter disporre con testamento. Il testamento che avea fatto precedentemente, era valido nel solo caso che ritornasse, *jure postliminii*. Ciò risulta dalla legge 8, ff. *qui testam. fac. possunt*, e dalle Istituzioni lib. 2 tit. 12, §. 5 (1).

(1) Può riferirsi a questa legislazione ciò che dice Bossuet nel suo discorso sulla storia universale, pagina 458, ediz. in 12 del 1711. » Ordinariamente, non più » i prigionieri noveravano tra i cittadini, e si abbandonavano al nemico come membri recisi dalla repubblica. Osservate in Floro ed in Cicerone l'istoria di Regolo, che persuase il senato, col sacrificio della sua propria vita, ad abbandonare i prigionieri ai Cartaginesi. Nella guerra di Annibale, e dopo la perdita della battaglia di Canne, cioè nel tempo in cui Roma spogliata da tante perdite avea maggior bisogno di soldati, il senato trovò meglio di armare, contro il suo costume, otto mila schiavi, che di ricomprare otto mila Romani, i quali non gli sarebbero costati più della nuova milizia, che bisognò levare. Ma nella urgenza del caso si consolidò per legge inviolabile, che un soldato romano dovesse vincere o morire. Questo illustre autore si fonda non solamente sopra Floro, e Cicerone, ma benanche sopra Tito-Livio, e Polibio.

Questa legislazione fu corretta colla novella 40 dell'Imperadore Leone: ma le novelle di questo imperadore, fatte nel nono secolo, non mai sono state riguardate come parte del diritto romano propriamente detto. Era già gran tempo che ai Romani era rimasto il solo nome.

Egli è essenziale di far qui osservare, che quando il militare, che avea testato militarmente, rientrava ne' suoi lari, il suo testamento avea effetto s'egli moriva nel corso dell'anno. Ciò raccogliasi dalle leggi 17 e 26 ff. *de testamento militis*; nella legge 5 al Codice, detto *tit.*, e nelle Istituzioni, §. 3. Dopo questo periodo, egli dovea rinnovare il suo testamento, e non poteva testare se non nel modo che ogni altro cittadino. Di più, secondo la citata legge 26, se il militare era scacciato per causa ignominiosa, il testamento che avea fatto perdeva tutto il suo favore come testamento militare.

Montesquieu, *lib. 27, cap. un.*, ha benissimo distinto il testamento *in procinctu*, che abbiamo accennato, dal testamento propriamente detto *militare*, il quale fu stabilito colle costituzioni degl'imperadori. Egli aggiugne in una nota, *che questo fu uno degli allettamenti da loro adoperato pei soldati.*

Bisogna convenire che questa idea si presenta in leggendo la legislazione romana su tale oggetto. Ma quando una legislazione stabile ed indipendente da qualunque circostanza, si limita a render men complicate le forme, a motivo della impotenza di adempiere alle forme ordinarie, non si può non applaudire allo spirito di giustizia che l'ha dettata; e per giustificarla non fa d'uopo invocare il sentimento di riconoscenza, che sta impresso nel cuore di tutti.

(Del testamento fatto in mare.)

Finalmente la legge unica, ff. *de bonorum possessione ex testamento militis*, di cui già abbiamo parlato, assimilava ai militari i marinari ed i vogatori che servivano lo stato nelle flotte, e che non erano propriamente militari (1). Non essendosi esteso cotesto privilegio, ad altri cittadini, i Romani non fecero una classe particolare del testamento fatto in mare, ma lo compresero nel testamento militare.

Sebbene la legislazione francese, pei testamenti di qualsivoglia cittadino che naviga, abbia introdotto forme più semplici di quelle dei testamenti ordinarj (lo che conveniva farsi in un tempo in cui i rapporti commerciali sono più estesi, ed i viaggi per mare più frequenti), non pertanto può ben trarsi l'origine di questa forma di testamento dalla disposizione legislativa che abbiamo riferita.

(Del testamento fatto in tempo di peste.)

Il terzo testamento privilegiato era quello fatto in tempo di peste.

Desso in vero non avea lo stesso favore del testamento militare. In quanto alle disposizioni non cravi derogazione alle leggi generali: la differenza riguardava la forma. Il ti-

(1) » *In classibus omnes remiges et nautae milites sunt, et jure militari eos testari posse, nulla dubitatio est.* » Leg. un. ff. de bon. poss. ex test. mil.
Grenier. Vol. I.