



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>

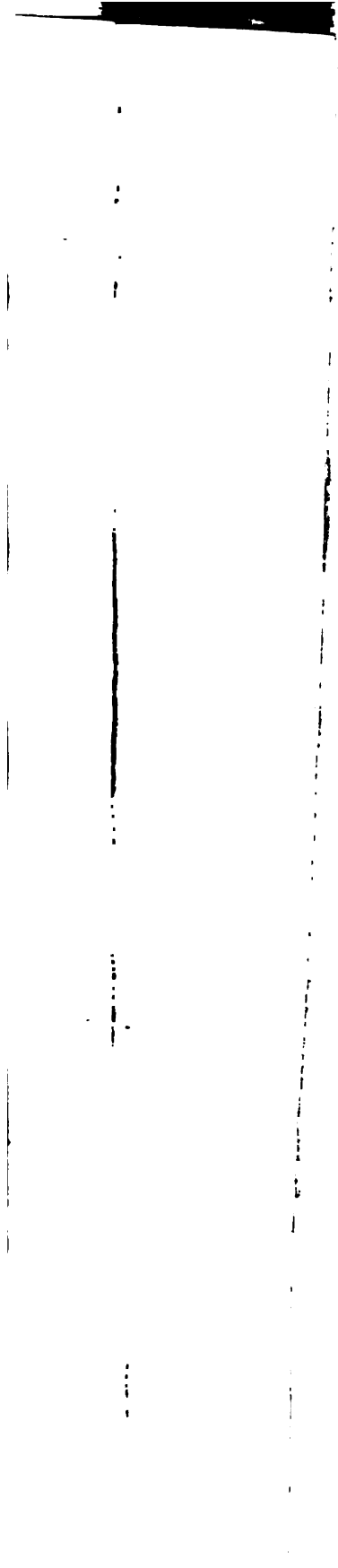
Libreria NARDECCHIA
ROMA

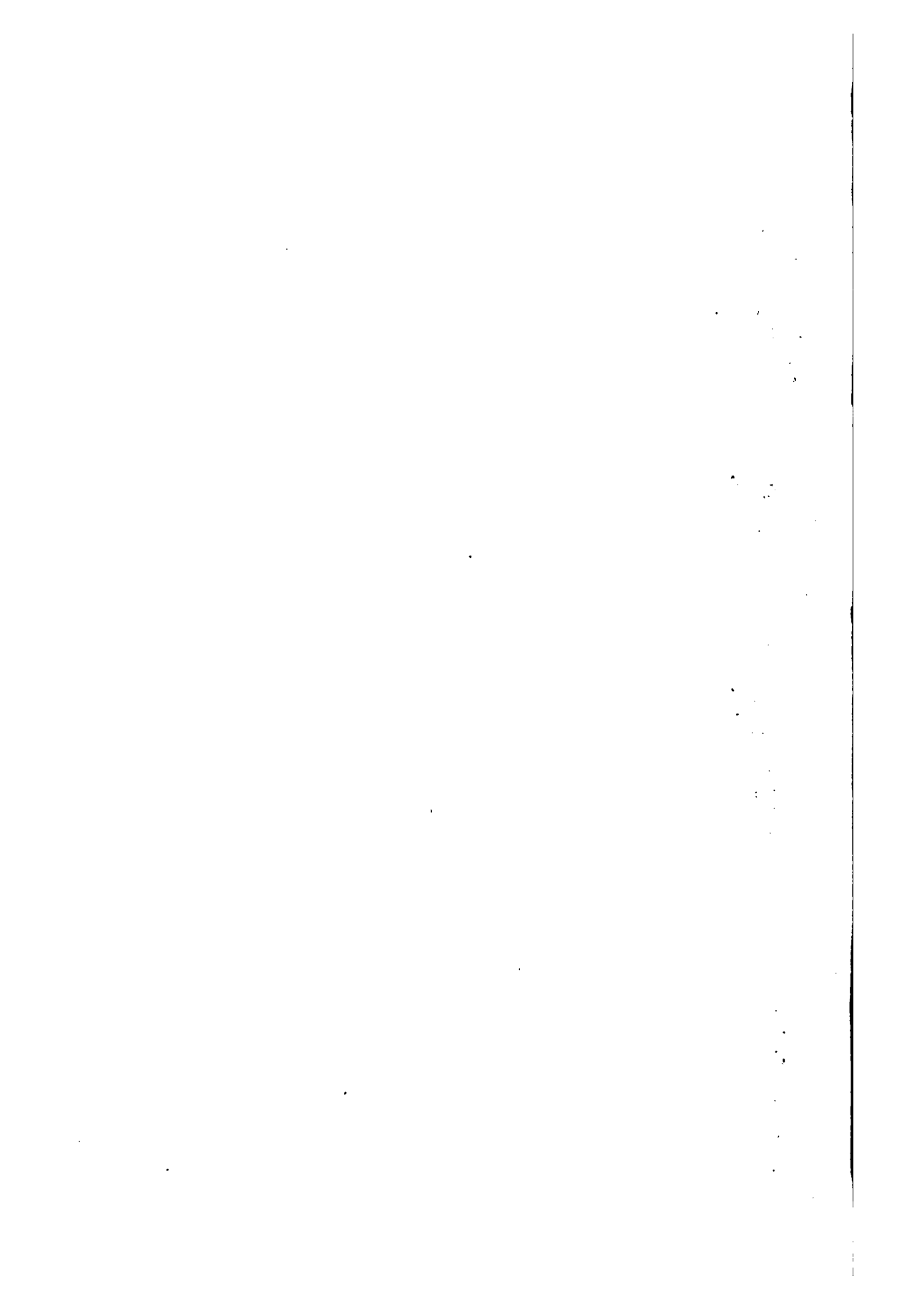


HARVARD LAW LIBRARY

Received SEP 20 1927







COMMENTARIO
ALLE PANDETTE

COMMENTARIO
ALLE
PANDETTE

DI
Christian *Friedrich*
FEDERICO GLÜCK

TRADOTTO ED ARRICCHITO DI COPIOSE NOTE E CONFRONTI
COL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

DIRETTORI
FILIPPO SERAFINI E PIETRO COGLIOLO

LIBRO V
Tradotto ed annotato da
BIAGIO BRUGI
Professore nell'Università di Padova.



Dott. LEONARDO VALLARDI, Edit.

MILANO

Via Disciplini 15

1893

+

M. J.
1893

SEP 20 1927

Milano - Stab. Tip. Dott. L. Vallardi - Via Disciplini, 15.

LIBRO V.

TITOLO I.

De iudiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat ^{a)}).

§ 425.

Diversi significati della parola iudicium.

Nei *Prota Pandectarum* parlavasi di quegli atti processuali che secondo l'ordinamento giudiziario romano precedevano la contesta-

a) La letteratura sul processo romano anteriormente al GLÜCK era assai ristretta; egli, oltre che in questo libro, la ricorda per esteso al titolo: *de in ius vocando* D. 2 4 [GLÜCK, III § 218 nota 1]. Anzi egli stesso aveva scritto una monografia *de ordine iudiciorum privatorum* inserita nei suoi *Opuscula iurid.* II, Erlangae 1786.

Ora siccome ci sembra che più che al titolo *de in ius vocando* sia necessario e conveniente al nostro titolo *de iudiciis* mettere la traduzione del GLÜCK al corrente coi moderni ed anzi recenti studii sul processo romano, così a questo dedichiamo la presente nota. Per quanto il processo del diritto giustiniano non fosse più quello del diritto classico, tuttavia per intendere rettamente il diritto delle Pandette e ritrovare le ragioni della pieghevolezza, della adattabilità, del progresso continuo di questo dalle XII Tavole a GIUSTINIANO, bisogna aver presente la struttura di quel processo romano che si fa rimontare al periodo dei re e che dura, secondo la comune opinione, sino a DIOCLEZIANO, fino a che rimase al pretore la giurisdizione civile, secondo le recenti ricerche del PERNICE (v. p. 13 nota a).

Anche il REINHARDT, *Ergänzung zu Glücks Ausf. Erl. der Pand.* II 1 (1835) p. 265, riconosce che secondo il piano dell'autore questo titolo porge occasione a sottoporre a disamina l'intero procedimento dei Romani, l'intero organismo giudiziario loro, che resta ancora tanto oscuro, e a far poi seguire a quella l'usus modernus prima così gradito. Ognimai nelle linee fondamentali il processo romano ci è noto, quantunque restino vive interessanti controversie riguardo a punti speciali e talora anche generali; una ricchissima letteratura intorno ad esso si è formata principalmente perchè la scoperta del genuino GAIUS veronese [fatta dal NITSCHUR nel 1816, quantunque la *editio princeps* di esso avvenisse solo nel 1820 a Berlino per cura del GÖSCHEN] attirasse tosto i romanisti verso un terreno quasi vergine. Citeremo tra i primi lavori sul libro IV del GAIUS DUPOIN, *Disquisit. in comment. quart. Instit. Gaii*, Lugd. Bat. 1822. — UNTERHOLZNER,

zione della lite. Ad essi spettano la *in ius vocatio*, la *editio actionis*, le diverse specie della prestazione di cauzione, la costituzione di un

Conject. de suppl. lacun. quae in Gaii Instit. comm. IV occor., Vratislav. 1823. — HEFFTER, *Gaii Inst. Inst. Comm. quart. de action.*, 1827. — HUSCHKE, *Krit. Bemerk. zum vierten Buch der Instit. des Gaius* nella *Zeitschr. für gesch. Rechtsw.*, XIII p. 348.

Il REINHARDT dichiara di non volersi occupare del processo, salvo per talune importanti dottrine con esso collegate; noi estenderemo questi accenni al processo romano in quanto ci sembrano necessari per l'intelligenza del diritto delle Pandette e per far sì che chi studia la nostra traduzione del GLÜCK non sia fuori del moderno risveglio degli studii romanistici. Invero oggimai il processo romano fa parte degli usuali corsi di istituzioni di diritto romano e, come ben diceva il KELLER nella prefazione alla prima edizione del suo classico libro sul processo romano (1852), mentre molti vi scorgono un arcano degli scienziati, sembra invece oggi qualche cosa di elementare e di necessario per coloro che s'iniziano nei nostri studii.

Quanto all'*usus modernus* che in Germania produsse effetti nocivi agglomerando al puro diritto romano elementi estranei e creando una bestarda *iurisprudencia romano-germanica* [cfr. BAUGI, *I Fasti aurei del dir. rom.*, Pisa 1879 p. 216], noi non aggungeremo che ben poco riguardo al processo del diritto comune e al processo del diritto odierno tedesco, salvo a citare qualche importante manuale di questo, per occuparci di opportuni richiami al procedimento del diritto italiano. Ci sembra intanto opportuno dividere questa nostra annotazione nei seguenti tre punti:

I. *Linee fondamentali del processo civile romano.* Fino al terzo secolo dell'impero restava in vigore, quantunque già limitato da molte eccezioni, l'antico ordinamento processuale romano che dicevasi *ordo iudiciorum privatorum*. In questo il magistrato, dopo avere intese le parti litiganti, le rimetteva al giudice, che era un cittadino giurato (nominato caso per caso dal magistrato su concorde proposta delle parti o, mancando questa, scelto dall'*album iudicum*), il quale verificate le circostanze di fatto, applicava l'*ius* già risultante dalla causa oralmente trattata dalle parti davanti al magistrato ed in seguito poi, modificata la procedura, da una istruzione o sentenza ipoteticamente compilata per due casi possibili dell'assoluzione e della condanna (*formula*) che serviva di base al giudice per esercitare il suo *officium*. Per talune speciali cause vi erano collegi stabili di giudici *decemviri* e *centumviri*, la cui competenza andò sempre diminuendo quanto si accrebbe quella dell'*unus iudex*. Vi erano pure *arbitri* per le cause da esaminarsi con una certa latitudine prima di fissare la vera posizione giuridica del litiganti: *recuperatores* di cui è controverso il rapporto cogli altri giudici, ma sembra che in origine dovessero conoscere delle cause dei forestieri, sebbene poi figurino in talune di quelle pure *inter cives*; *agrimensores* che in certe questioni tecniche decidevano come giudici, in altre intervenivano come periti.

Tuttavia che il pretore, in virtù del suo *imperium*, prendeva un qualche provvedimento (*interdicta*, *stipulationes*, ecc.) compiva una *extraordinaria cognitio*, sebbene in stretto senso questa si dica avvenire quando egli esaminava tutta la causa e la decideva senza *iudicis datio*. Era una eccezione che poi divenne regola.

Durante l'*ordo iudiciorum privatorum* due caratteristiche procedure si succedettero: alla primitiva delle *legis actiones* subentrò quella *per formulas*; secondo lo svolgimento organico caratteristico nel diritto romano questa deriva da quella, e della prima rimangono tracce, anche essendo in vigore omai la seconda.

Nella procedura delle *legis actiones* le parti esponevano le loro domande e le loro risposte con parole prestabilite, solenni, immutabili, ed il magistrato non aveva se non una posizione secondaria, la quale consisteva principalmente nel dirigere il dramma-

procuratore e simili. Tutti questi atti appartenevano secondo l'ordinamento romano del processo alla preparazione della lite (*ad item*

tico svolgimento della causa. Oralità, immutabilità delle parole da pronunziarsi dalle parti [CICERO chiama a ragione la *legis actio formula immutabilis*] posizione secondaria fatta al magistrato: ecco i caratteri delle *legis actiones*.

L'angustia di questa procedura si fece sempre più manifesta col moltiplicarsi e differenziarsi dei rapporti giuridici. Il SOHM, *Institution.* p. 122 crede che già nella procedura delle *legis act.* il pretore potesse riassumere per scritto la causa e che questo riassunto potesse servir di base al giudice. Ciò non è certo. Introdotta invece al VI secolo di Roma la *procedura per formulas*, il pretore udite le parti, le quali ormai si esprimevano come meglio credevano [GAIUS IV 15 dice con esattezza per *concepta verba*, cioè con parole a proprio talento], riassumeva la causa in una istruzione scritta (*formula*) pari ad una *praesententia* o sentenza ipotetica (es. *L. Titius iudex esto. Quod A. Agerius Numerio Negidio hominem vendidit* (demonstratio) *A. A. N. N. XHS dare oportere* (intentio). *Si parret condemnata, si non parret absolva* (condamnatio) nella quale per mezzo di aggiunte ispirate dalla equità, dal desiderio di temperare il rigor *iuris civilis*, dal bisogno di estendere le regole del diritto vigente a casi analoghi, faceva sì che il giudice esaminasse la causa con una certa latitudine non certo concessa dal ferreo formalismo delle *legis actiones*. Così mentre il pretore era giurista egli stesso o subiva l'influenza dei giuristi e della coscienza popolare bramosa di forme giuridiche più umane, più libere, più celeri, poteva veramente attuare le riforme del diritto civile, avendo da un lato il proprio *imperium* per prendere provvedimenti, per accordare *interdicta*, ecc., dall'altro una procedura così pieghevole da prestarsi alle sue vedute. Le lacune dell'antico diritto [venuto meno il principio che ogni *actio* dovesse esser basata sulle parole della legge] potevano essere supplite con le *actiones utiles*, estese a casi analoghi a quelli già regolati dal diritto, con le *actiones in factum*, basate sull'insieme delle circostanze di fatto anziché sopra un principio di diritto; le *exceptiones*, come quella del dolo, della violenza, ecc., servivano a temperare la durezza dell'antico diritto. Questi ed altri mezzi giuridici si consolidavano a prova di esperienza per mezzo della temporaneità dell'ufficio del pretore e del suo editto: si trattava per dirla con CICERO *Verr.* II 1, 42 di leggi annuali che, ove resistessero a quella prova, per via traslatizia diventavano perpetue passando da un editto all'altro; così si formò l'editto perpetuo, compilato da SALVIO GIULIANO sotto ADRIANO, il quale servì di base alle Pandette.

II. *Bibliografia del processo.* Riferiamo i più importanti scritti, vuoi relativi all'intero processo romano, vuoi a qualche parte di esso.

ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, I 1 4.^a ediz. § 95 e 96 [sebbene sia in manuale contiene ai luoghi citati importanti notizie sul processo romano]. — BACHOFEN, *de Romanor. iudiciis*, Götting. 1840. — BARON, *Zur Legis actio per iud. arbitrive postulat. etc.*, Festgaben für A. W. Heffter, Berlin 1873, *Gesch. des röm. Rechts (Inst. und Civilpr.)* I, Berlin 1884. — BEKKER, *Die Aktion. des röm. Privatrechts*, Berlin 1871, 73. — BERTHMAN-HOLLWEG, *Der Civilprocess des gem. Rechts*, BONN 1864-1874 [op. molto importante già preparata dall'A. con ripetuti studi precedenti]. — BONJEAN, *Tr. des act. en dr. rom.*, Par. 1845. — BRINI, *La condanna nelle legis act.* [*Arch. giur.* XXI p. 213]. — BÜLOW, *Die Lehre von den Processinred.* etc., Giess 1868. — BUONAMICI, *La stor. della proc. cit. rom.*, Pisa 1886. — DEMELIUS, *Die Confessio in römischen Civilpr.*, Gratz 1880. — EISELE, *Cognitio und Procuratur*, Freib. und Tübing. 1881. — FILOMUSI-GUELFI, *Il proc. contum. nel dir. rom.*, Nap. 1873. — FIORETTI, *La legis actio sacram.*, Nap. 1883. — GUGINO, *Tratt. stor. della proc. rom.*, Palermo 1873. — HARTMANN, *Ueber das röm.*

ordinandam et praeparandam)³¹⁾. La vera trattazione della lite, ossia ciò che dicevasi *iudicium*, cominciava soltanto con la contestazione della lite; quindi il titolo: *de iudiciis*.

31) I miei *Opuscula iurid.* fusc. II pag. 369.

Contumacialverf.ahr., Gött. 1851, e dello stesso *Der ordo iur. und die iudicia extr.*, Gött. 1859 *erg. und herausg. von* UBBELHODE, Götting. 1886. — HELMOLT, *Verhältn. der Exception zur Beweislast*, Giess. 1852. — IHERING, *Geist des röm. Rechts* II e IV *passim* e *Scherz und Ernst in der Jurispr.* Leips. 1884 p. 175-215 [libro geniale e pensato]. — KARLOWA, *Beitr. zur Gesch. des röm. Civilpr.*, Bonn 1865, e *Der röm. Civilpr. zur Zeit der Legisakt.*, Berlin 1872 [Quest'autore ha pubblicato il primo volume di una completa ed elaborata storia del diritto romano: del processo parlerà nel secondo di prossima pubblicazione]. — KELLER, *Der röm. Civilpr. und die Action.* 6 *Ausg. bearb. von* A. WACH, Leipz. 1883 [unica edizione da seguire per le aggiunte e la bibliografia del WACH]. — KRUG, *Ueber die Legis act. und das Contumviralgericht.* — MAYER, *Ad Gaii Institut. comm.* IV § 48 *comment.*, Tubing. 1853. — MUTHER, *Zur Lehre von der röm. actio*, Erlang. 1857. — PADELLETTI [cfr. *Arch. giur.* XV p. 523 XVII p. 321]. *Storia del dir. rom.* cap. 25 26 50 51 52, Firenze 1878 [pregevole per la copiosa letteratura e per l'esattezza dei dettagli. La morte immatura dell'A. gli tolse il modo di fare una seconda ediz. da lui vagheggiata e curata adesso dal prof. COGLIOLO che vi fece copiose note. Firenze. Cammelli. 1886. Citeremo sempre questa edizione]. — PERNICE A., *Volkerrichtlich. und antrechtl. Verfahren in Festgabe für Beseler*, Berl. 1885 [la traduzione non fu fatta dal prof. GAUDENZI, *Arch. giur.* XXXVI p. 116-148]. — PEROZZI, *Della in rom. act. per spons.*, Mac. 1883 (litograf.), *Dell'arbitrium litis aestim.*, Vicenza 1886. — PLANCK, *Die Merheit der Rechtsstreit. im Processrecht*, Gött. 1844. — PUCHTA, *Institut.* I 8 *Auf.*, Leipz. 1875. — RÖMER, *Die neuen Leistung. auf dem Gebiet der Geschichte des röm. Civilpr.* nella *Münch. Kritisch. Ueberschau* I p. 311-87. — RUDORFF, *Röm. Rechtsg.* II Leipz. 1859. — SCHMIDT, *Die Interdictenverf. der Röm.*, Leipz. 1853. *De origin. legis act.*, Frib. 1857, *Die legis act. per iud. postul.* nella *Zeitschr. der Sav. Stift.* XV 2 p. 145. — SCHEUHL, *Anleit. zum Stud. des röm. Civilpr.*, Erlang. 1855. — SCHULTZE, *Privatr. und Proc. in ihr. Wechselbez.* I, Freib. und Tub. 1883 [L'A. volendo dimostrare che i sistemi di procedura variano col variare delle fonti del diritto privato tratta del processo romano con vedute originali]. — SELL, *Die Verouperat. der Röm.*, Braunsch. 1837. — SQUITTI, *De formular. System.*, Neap. 1880. — STINTZING, *Ueber das Verhältn. der legis act. sacram. zu dem. Verf. durch sponsio praevind.* Heidelb. 1853. — WALTER, *Gesch. des röm. Rechts* II 3 *Auf.*, Bonn 1860-61. — WETZELL, *Der röm. Vindicationsproc.* Leips. 1845. — WIEDING, *Der Instanzmische Libelprocess*, Wien 1865. — WINDSCHEID, *Die actio* [cfr. sotto § 499 nota a]. — ZIMMERN, *Gesch. des röm. Privatr.* III, Heidelb. 1859.

Tutta questa multiforme e copiosa bibliografia si rannoda in gran parte, come dicemmo, al ritrovamento di Gaio; al qual proposito vien fatto di pensar che questa fioritura sarebbe egualmente avvenuta ove avesse preso consistenza il dubbio che elevò nel 1828 la *Edinburgh Review* XLVIII p. 382 circa l'affermazione degli scienziati tedeschi che il manoscritto veronese contenesse veramente le istituzioni di Gaio [cfr. in proposito HUGO, *Gesch. des röm. Rechts.*, Berlin 1832 p. 22 nota 3 e bene GLASSON *Etud. sur Gaius*, Paris 1885 p. 183-34].

Quanto al processo del diritto comune rimandiamo alla citata opera del BETHMANN-

La parola *iudicium* ha diversi significati ³²⁾ e). Noi vogliamo a preferenza porre in rilievo quelli che compaiono nelle leggi di questo titolo. In esse:

³²⁾ Di ciò trattano specialmente VULTEIUS, *De iudiciis* lib. I cap. I e PAUL. VICAT in *Vocabulario iuris* sub v. *Iudicium*.

HOLLWEG e poi processo dell'odierno diritto tedesco, argomento estraneo al nostro scopo, citiamo tuttavia per desiderio di completare possibilmente queste note HEFFTER, *System des röm. und deutsch. Civilprozess.*, 1843. — WETZEL, *System des ord. Civilpr.* 1854 ed ora l'importantissima e completa opera del WACH, *Handb. des deutsch. Civilpr.* I, Leipz. 1885.

Avremo poi a mano a mano occasione di citare gli espositori e commentatori del diritto procedurale italiano.

III. *Storia del processo nel diritto italiano.* Cfr. AVOSSA, *La form. della cosa giudicata nelle istit. dell'ex regno di Puglia*, Nap. 1884. — A. LATTES, *Studi di diritto statut.* [Il primo tratta del procedimento sommario o planario negli statuti], Milano 1887. — MANFREDINI, *Progr. del corso di dir. giudir. civ.* I p. 71-108, Padov. 1884. — PERTILE, *Storia del dir. ital.* VI, Padov. 1885. — SALVIOLI, *Lo giurisd. speciali nella storia del dir. ital.*, Mod. 1883 [opera import. anche per la storia del processo nel dir. ital. e che è la più completa storia delle giurisdizioni sino ai tempi nostri] Riguardo alla procedura seguita nelle nostre celebri Rote vi sono opere antiche che la espongono. Ad esempio, RIDOLPHINI, *De ord. proced. in iudiciis in Rom. Curia.* — SAVELLI, *Prat. univ.*

IV. *Storia letteraria del processo.* È interessante conoscere le opere processuali dei giuristi medioevali, cominciando dai glossatori [ed anzi, anche prima, dalle *Petri Exception legum Rom.* e specialmente dal *Bruchylogus* che influì molto nella procedura medioevale e cui collegasi fors'anco il nostro *ordo iudiciarius*], vedere come combinavano i principii romani con quelli del diritto canonico. studiare insomma quanta influenza le opere dei proceduristi antichi hanno esercitato sulle nostre dottrine processuali. Rimandiamo lo studioso a ROSSHET, *Dogmengeschichte*, Heidelb. 1853 p. 59-130. — REATZ, *Ueber die Summen ut nos minores*, etc., nella *Zeitschr. für Rechtsg.* III p. 301-326 [L'A. descrive antiche somme processuali anonime e le pubblica]. — WALTHER, *Die Literat. des gemein. ordentlich. Civilpr.*, Nordhaus. 1865 [L'A. si propone la storia letteraria del processo civile tedesco, ma ricorda anche molti antichi proceduristi italiani sino all'anno 1651]. — DE WAL, *Beitr. zur Literaturgesch. des Civil-Prozess*, 1866. — WIEDING, *Iust. Lib.* § 38-39; ma soprattutto per esattezza e genialità di ricerche STINTZING, *Gesch. der popular. Lit. des röm. kanonisch Rechts*, Leipz. 1867 p. 197-291 [Si consulti di questo autore anche la dotta e pur troppo non compiuta opera *Geschichte der deutsch. Rechtswiss.* I Münch. und Leipz. 1880 che in varii luoghi parla di scritti processuali]. Anche nel così detto *liber iuris florentinus*, trovato in un manoscritto laurenziano ed appartenente all'età dei glossatori, si contiene una larga parte dedicata alle azioni. Cfr. le indagini dottissime dello scopritore CONRAT, *Das Florentinische Rechtsbuch* etc., Berlin 1882. Su l'interessante scoperta dell'*ordo iudiciarius* di GIOVANNI BASSIANO fatta recentemente dal prof. G. TAMASSIA nella biblioteca universitaria di Padova cfr. la notizia datane da lui stesso nella *Zeitschr. der Sav. Stift.* VII R. A. p. 139.

a) Il DIRKSEN, *Manuale latininitatis font. iur. civ. rom. s. v. iudicium*, enuncia i seguenti significati di questa parola nelle fonti nostre: *iudicatio, exercitium iurisdictionis*;

1. viene usata in generale per processo, in quanto vi si comprendeva l'intera trattazione di una giudiziale controversia dalla *in ius vocatio* fino alla esecuzione della sentenza, e così ciò pure che accadeva davanti al pretore anche prima della contestazione della lite³³). A ciò riferiscansi le espressioni *ad iudicium provocare*, cioè a dire incominciare una lite³⁴); *iudicium non potest consistere inter patremfamilias et eum quem in potestate habet*³⁵), cioè tra queste persone non può aver luogo alcun processo. Così: *ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere habet*³⁶); dove è stato cominciato il giudizio ivi deve essere pure terminato³⁷). Siccome non si può concepire alcun processo civile senza un'azione, così

2. l'azione pure vien detta spesso *iudicium*. Per esempio dice ULPIANO³⁸): *si filiusfamilias legationis vel studiorum gratia aberit, et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere*, specialmente è propria del pretore nel suo editto la formula:

33) HUBER, *Praelect. ad Institut.* lib. IV tit. XVI § 5 e *Ant. Henr. van HEES, Diss. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant* (Lugd. Batav. 1747) cap. II § 11 et § 34 (in *Dan. FELLENBERG, Iurisprud. Antiqua* tom. I).

34) L. 13 e L. 14 D. h. t.

35) L. 11 D. h. t. L. 7 *Cod. eodem.* [3, 1].

36) L. 30 D. h. t.

37) Sono da osservare qui anche i seguenti passi nei quali la parola *iudicium* equivale a processo. L. 60 D. *de condict. indeb.* [12 6]. L. 45 D. *mandati* [17 1]. L. 14 D. *de interrogat. in iure* [11 1]. L. 18 in fin D. *de vi et vi arm.* [43 16]. L. 9 D. *de lib. caus.* [40 12]. La parola processo non ricorre mai in diritto romano nel significato nel quale viene oggi usata, ma deriva dal diritto canonico. *Clem. 2 De verbor. significat.* e specialmente mediante i glossatori è stata foggata come parola tecnica. — Vedi *Io. Ad. Theoph. KIND, Diss. de fontibus iuris iudiciarii civilis quod per Germaniam obtinet*, Lipsiae 1785 § 1 p. 4.

38) L. 18 § 1 D. h. t. L. 36 § 1 D. *eodem.*

examinatio causae privatae; formula agendi, actio; sententia iudicialis; consessus iudicium, locus iuris dicendi; arbitrium, consilium; suprema voluntas; praecoceptum, constitutio. L'ELVERS., *Promptuar. Gaiam. s. v. iudicium* addita i seguenti passi in Gaio ove la parola è usata nei varii significati: IV 37 103 114 116 133 163 165 169 182; II 149; IV 87 89 90 102 109 114; IV 57 58 123 131; IV 106; III 181; III 107; IV 121.

iudicium dabo per actionem dabo ³⁹⁾ e la espressione non meno conosciuta: *iudicium familias eriscundae, iudicium communi dividundo*, ecc.

3. Se la parola *iudicium* indica la parte della lite che comincia con la *litis contestatio*, dicesi del convenuto *iudicium accipit*, ovvero *suscipit*, quando egli contesta la lite ⁴⁰⁾. Se la *lis* non era ancora contestata, ma l'azione era soltanto stata partecipata al convenuto, allora dicevasi semplicemente: *controversia est mota* ⁴¹⁾; soltanto dopo avvenuta la contestazione della lite dicevasi: *res in iudicium deducta est* ⁴²⁾ e la causa era ormai rimandata dal pretore ad un *iudex pedaneus*, il quale in pari tempo riceveva una istruzione (*formula iudicis*) secondo la quale egli doveva decidere ⁴³⁾. Pertanto la parola *iudicium* indica particolarmente anche

4. quella cognizione della lite la quale apparteneva all'*iudex pedaneus* e principalmente ciò che dopo la contestazione della lite era fatto davanti a lui. Se l'*iudex* intraprendeva questa cognizione, ciò dicevasi *operam dat iudicio* ⁴⁴⁾; ovvero *suscipit iudicium, agnoscit iudicium* ⁴⁵⁾; e quando egli finiva il suo ufficio si diceva: *solvitur iudicium* ⁴⁶⁾.

5. Si chiama *iudicium* il luogo dove le persone a ciò autorizzate giudicano e dove particolarmente alcuno quando è citato ha l'obbligo di comparire e di rispondere giuridicamente: il che dicesi *forum*, sito del tribunale. Per tribunale si adopera nelle formule *adversarium suum in iudicium vocare* ⁴⁷⁾, *in iudicio sisti; ad iudicium venire* ⁴⁸⁾; sebbene il luogo dove il pretore sentenziava nominavasi

³⁹⁾ L. 3 pr. D. *de negot. gest.* [3 5]. L. 1 § 1 D. *dolo malo* [4 3]. L. 1 pr. D. *nautae, caup.* [4 9].

⁴⁰⁾ L. 3. L. 23. L. 25. L. 28 § 2 D. h. t. L. 34 D. *eodem.* L. 16 D. *de Procurat.* [3 3].

⁴¹⁾ L. 25 § 7 *de heredit. petit.* [5 3].

⁴²⁾ L. 31 D. h. t. L. un. *Ord. de lit. contest.* [3 9]. L. 1 *C. de iudic.* [3 1].

⁴³⁾ I miei opuscoli fasc. II p. 370 nota 77.

⁴⁴⁾ L. 18 D. h. t.

⁴⁵⁾ L. 13 § 3 D. *de vacat. et exusat. muner.* [50 15].

⁴⁶⁾ L. 58 D. h. t.

⁴⁷⁾ L. 79 D. h. t.

⁴⁸⁾ L. 2 § 6 D. h. t. L. 3 D. *de eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat.* [2 10].

specialmente *iure*⁴⁹⁾, quindi la formula: *in iure* cioè *apud praetorem vel alium magistratum populi romani*⁵⁰⁾. Per luogo del tribunale vien presa la parola, quando trovasi nelle leggi di questo titolo: *cogitur quis in aliquo loco iudicium pati*⁵¹⁾. Finalmente indica la parola *iudicium* anche

6. la facoltà dell'anima di formarsi giusti concetti, ciò che dicesi intelletto o ragione. Così, per esempio, dice PAOLO⁵²⁾: *iudices dari non possunt qui natura impediuntur, ut surdus, mutus, perpetuo furiosus et impubes, quia iudicia carent.*

§ 496 e 497.

Che cosa è processo? Differenza tra parti essenziali e formalità del processo.

Processo nel più ampio significato⁵³⁾ è la trattazione conforme alla legge di un litigioso oggetto giuridico davanti ad un giudice competente allo scopo che questo sia deciso e definito. Nel significato proprio e più ristretto s'intende sotto la parola processo, il modo e la via legale con cui controversi punti di diritto debbono essere trattati così fra le parti davanti al tribunale, come conosciuti e decisi dal giudice⁵⁴⁾. Talora la parola processo vien presa pure nel significato che essa indica l'avvenuto ricevimento dell'azione o dell'appello per parte del giudice e l'ordinanza in proposito del medesimo al convenuto o all'appellato, che, cioè a dire, esso deve comparire davanti a questo giudice e deve risolvere la causa col suo avversario. In questo significato si dice del giudice che egli ha preso cognizione

49) L. 11 D. *De iust. et iure.*

50) L. 4 § 1 D. *De interrogat. in iure* [1 1].

51) L. 8. L. 22. L. 24 D. h. t.

52) L. 12 § 2 D. h. t.

53) *G. Lud. BOEHMER, Princip. iuris iur. can.* § 659. — *HOFACKER, Princip. iur. civ.* tom. III § 4165. — *HUFELAND, Institutionen des gesammten positiven Rechts* § 1202.

54) *Iust. Henr. BOEHMER, Ius ecclesiast. protestant.* tom. I lib. II tit. II § 1.

del processo; dell'attore o dell'appellante che egli ha estratto o ricevuto il processo ⁵⁵).

Nel processo debbono essere distinte le parti essenziali (*essentialia sive substantialia processus*) dalle formalità o solennità del medesimo (*formalia sive solemnia processus*).

Parti sostanziali del processo sono nominate quelle che lo scopo essenziale del processo cioè la decisione del controverso oggetto giuridico necessariamente richiede. A queste si ascrive l'azione, la risposta del convenuto, la prova e la sentenza del giudice ⁵⁶). I nostri pratici giuristi usano di esprimere queste parti essenziali di un procedimento giudiziario così:

Dove non vi è attore non vi è giudice.

Nessuno è da condannarsi senza essere ascoltato.

Non è da prestar fede ad una semplice allegazione senza prova, e senza condanna giudiziale rimane indeciso il processo e il procedimento giudiziale è privo di scopo ⁵⁷).

Se una di queste parti essenziali è trascurata, il processo è tumultuario e l'intero procedimento nullo ⁵⁷).

Formalità o solennità del processo sono al contrario le parti del processo non essenzialmente basate sullo scopo di esso, ma prescritte dalle leggi soltanto come norma di un andamento regolare

⁵⁵) ESTORS, *Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses* 4 Th. § 8 p. 24.

⁵⁶) Io. Gottfr. SCHAUMBURG, *Princip. praeos iurid. iudicial.* Cap. I gener. § 1. — LUDOVICI, *Einleitung zum Civil. Process.* Cap. 7 § 2. Altri aggiungono a ciò la citazione del convenuto e la esecuzione della sentenza. — DANZ, *Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes* § 58 nota a. Ma quella viene senz'altro supposta dalla risposta del convenuto e quest'ultima non è necessaria in ogni caso.

⁵⁷) BOEHMER, *Ius eccles. protest.* lib. II tit. I § 4. — CLAPROTHS, *Einleitung in die sämml. summarischen Prozesse* § 1 p. 2.

a) I caratteri essenziali del nostro sistema processuale sono i seguenti: 1.° necessità del contraddittorio; 2.° piena e reciproca facoltà di discutere; 3.° parità perfetta del trattamento dell'una e dell'altra parte ad ogni atto del procedimento (cfr. MANFREDINI, *Progr.* I p. 108. — MATTEIROLLO, *Dir. giud.*, Torino 1882 I p. 98. Quanto al diritto positivo bisogna osservare che certa formalità o solennità del processo, le quali in astratto non sembrerebbero essenziali, lo divengono dal momento che pel codice sono obbligatorie. I proceduristi danno pure importanza a dividere il procedimento nelle sue fasi essenziali. — MANFREDINI, *Il proced. civ. e le riforme*, Pad. 1885 p. 8 nota 2.

o per il raggiungimento di una più precisa esposizione della cosa, ovvero che furono introdotte dall'uso del foro ⁵⁸). A ciò spetta, ad esempio, che l'azione deve essere presentata per iscritto, che la contestazione della lite si deve dirigere a tutte le circostanze di fatto relative all'azione, che la prova deve essere iniziata nel termine preciso e mediante articoli probatori, che viene preparato un ruolo dei testimoni, che la pubblicazione della sentenza accade davanti al tribunale in presenza delle due parti e che perciò le parti debbono essere invitate, ecc.

Queste formalità debbono tuttavia di regola esser osservate; ma appunto perchè non appartengono alla essenza di un procedimento giudiziale, non sono richieste in ogni caso, e la trascuranza delle medesime produce perciò soltanto in alcuni casi la nullità.

§ 493.

Diverse specie e divisione del processo.

Il processo può essere diviso variamente.

I. Se guardiamo le specie del procedimento giudiziario era

A. il processo, secondo il diritto romano, di due specie:

a) *iudicium ordinarium* quando il pretore o quel magistrato cui spettava la giurisdizione non decideva egli stesso, ma solamente ordinava ciò che riferivasi alla introduzione del processo e per il rimanente assegnava alle parti un *iudex pedaneus*, il quale doveva, a seconda di una certa istruzione (*ex formula praescripta*), ricercare le circostanze di fatto relative alla decisione della causa e, verificatele, prenderne cognizione ⁵⁹) a);

⁵⁸) *Ge. Lud. BOEHMER, Princip. iur. canonici* § 660. — *HOFACKER, Princip. iur. civ. tom. III* § 4170.

⁵⁹) L. 8 e L. 9 D. *de officio praesid.* [1 18].

a) Quest'allusione alla *formula* c'invita a fare un cenno, per quanto sommario, dei grandi progressi che dopo il GLÜCK ha fatto la letteratura romanistica in questo argomento. Certamente gli odierni tentativi di ricostruzione dell'editto e delle formole non sono da paragonarsi con quelli degli antichi, molto più che a nostra disposizione.

b) *extraordinarium* quando il pretore o il preside, ecc., senza costituire un *iudex pedaneus*, prendeva egli stesso cognizione della

stanno altri e superiori mezzi (*lex Rubria*, GAIUS, PROBUS, ecc.); tuttavia sembra a me che il RUDORFF, *Ueb. des Julian. Edictorod.* nella *Zeitschr für Rechtsg.* III p. 3-1 tenga quelli anche in troppo poco conto. GIPHANIUS, *Coem. iuris* (ed. 1606 e 1612) ebbe, ad esempio, idee riconosciute oggi pure molto esatte. Intorno agli antichi tentativi per la ricostruzione dell'editto si può consultare utilmente HAUBOLD, *Ueber die Vermohe des Praet. Edict. herzustellen.* in (*civilist. Magaz* (di HUGO) II p. 289-328 ed. 2.^a e per esteso i precedenti manuali di storia letteraria del dir. rom. di HOMMEL (1761), di NETTELBLADT (1764), di KOPP (1768) sono di poco vantaggio in proposito] nelle sue *Institution. iur. rom. litterariae* Lips. 1809 § 119-120. Noi dobbiamo lasciar da parte questa importante storia letteraria dell'editto per occuparci invece di due punti molto discussi dagli odierni romanisti, vale a dire del rapporto in cui trovavasi l'editto con le *formulae* e della distinzione di queste.

I lavori sull'editto di SCHRADER, *Ueb. praet. Edicti der Roemer*, Weim. 1815, di HAUBOLD, *Instit. iur. rom. prio. hist. dogm. lin.* II p. 11-30. Lips. 1826 [ofr. HAENEL, *Corp. legum* I (1857) p. 88-92; di VAN REENEN, *Fontes tres iur. civ. ant.* p. 41-36. Amstelod. 1815; di DE WEYHE, *Libri tres Edicti*, Cell. Lun. 1821; di FRANCKE, *De edicto praet. urb.* Kiel 1830; di LABATUT, *Hist. de la preture* p. 297-346, Paris 1868 non avevano richiamato sufficientemente l'attenzione dei romanisti, la quale fu invece in sommo grado destata dalla famosa ricostruzione dell'editto perpetuo tentata dal RUDORFF, *Ed. perp. quas supersunt* Lips. 1869 [riprodotta dal BRUNS, *Fontes iur. rom. ant.* pars I c. 5 I]. A questa ricostruzione possiamo rannodare le più importanti controverse odierne sull'editto e sulle formole. Mentre gli antichi si occuparono principalmente di ricostruire gli editti perduti, il RUDORFF ha cercato di ricostruire le *formulae* [istruzioni ai giudici cui allude il GLÜCK] dell'editto perpetuo compilato da SALVIO GIULIANO per ordine dell'imperatore ADRIANO: *formulae* delle quali solo una piccola parte ci è rimasta. Della ricomposizione degli editti non si è occupato con egual premura, perchè ha ritenuto piuttosto che parte sostanziale dell'editto pretorio (presa questa parola in senso generico) fossero le *formulae* e che gli *edicta* (in senso speciale) non fossero che parte secondaria, cioè preamboli, disposizioni riguardanti le *formulae istae* e, di guisa insomma che tutta la nostra considerazione dovesse rivolgersi a queste. Contro questa veduta, generalmente accolta [notevole è tuttavia che IHERING, *Geist* II 3.^a edis. p. 623 (la prima ed è del 1858) chiamava *malattia di moda* degli storici del diritto questa ricostruzione delle formole processuali romane] insorse il WLABSAK, *Zur. Gesch. der negot. gestio*, Iena 1879 p. 16. In questo libro già egli incidentalmente accennava la sua opinione sul rapporto tra *formulae* ed *edictum* sostenendo che per quanto lo *schemata* di un'azione potesse sembrare importante ai commentatori dell'editto, sarebbe erroneo credere che il pretore avesse ravviato nella *formula* la parte principale del suo editto, anzichè nelle singole disposizioni costituenti invece altri editti parziali e quasi articoli, dirò coà, della sua *lex annua*. L'opinione di lui fu contraddetta dal KRÜGER, nell'*Archiv für civilist. Praxis* LXII p. 499. Intanto la r. Accademia delle scienze in Monaco bandì un concorso a premio per la ricostruzione delle *formulae* nel loro contesto e nel loro sistema notando che, mentre il RUDORFF pel primo si era dedicato a questa ricostruzione del materiale formulare dell'editto, potevasi battere questa via recando nuovi contributi mediante una critica delle fatte ricostruzioni ed un esame accurato dei commentari dell'editto di cui ci offrono larga parte le Pandette. Contro l'importanza scientifica di questa tesi nuovamente proposta dalla reale Accademia bavarese venne pubblicato l'interessante e dotto libro del WLABSAK, *Edict und Klageform*,

causa e dava una sentenza. Ciò accadeva quando si trattava di una semplice questione di diritto o quando la causa non ammettesse indugio o fosse nelle leggi particolarmente favorita, per esempio le cause dei minori ovvero i crediti di onorario dei professori, o

Iena 1882. Egli nel § 4 comincia anzitutto dal precisare il significato della parola *editto* con tale esattezza che crediamo, ad evitare equivoci, di valerci delle sue distinzioni. Noi, come i giureconsulti romani, adoperiamo la parola *editto* in tre diversi significati, cioè: 1.° per *clausola dell'editto*, ossia singola norma simile alla legislativa, in cui il pretore si riferisce alla concessione di un *iudicium*, o ad altra sua competenza [la moltitudine delle fonti, ove la parola è adoperata in tal senso, fa supporre che questo fosse il significato tecnico della parola presso i Romani]; 2.° per *complesso di tutte le singole clausole edituali*, e così *edictum* in certo modo corrisponde a *ius praetorium*; 3.° per *contenuto totale dell'album praetoris*, cioè editti e *formulae*. WLASSAK, ivi p. 18, biasima quest'uso della parola, sebbene ve ne siano esempi negli scrittori romani non giuristi, e negli stessi giuristi romani più recenti non meno che nelle costituzioni imperiali. Tuttavia in questo uso la parola è adoperata oggi comunemente anche dai più riputati romanisti.

Anzi la distinzione tra le due diverse parti (editti e formole) dell'*album* pretorio, redatto da GIULIANO, era tutt'altro che precisata nei molteplici lavori odierni, che avrebbero dovuto ritenerla come fondamentale. WLASSAK, § 5 e 6, mostra come già HEINECCIUS avesse idea di questa distinzione che si sarebbe concretata praticamente nella divisione dell'album in più tavole, che potremmo supporre numerate a guisa di quelle della *lex Rubria*: idea non così strana come parva a molti. VOIGT, *Ueb. di condict. ob causam* etc., 1862 p. 285, accennava già chiaramente quella distinzione dicendo che « l'editto del pretore contiene una duplice ed affatto eterogenea materia, cioè in parte « principii giuridici di contenuto normativo, in parte formole giuridiche ». Dopo la ricostruzione dell'editto del RUDORFF la distinzione si è fatta più comune ed anzi le si attribuisce importanza; resta a decidere in qual rapporto fosse concepito presso i Romani l'editto rispetto alla *formula*. Ora comunemente si ritiene che i singoli editti fossero semplicemente *monitorii*, quasi introduzioni alle *formulae* [RUDORFF, *Ed. perp.* praef. p. 5, adopera l'aggettivo *monitorio*, che di poi si diffuse nell'uso comune]. Invece il VLASSAK ritiene che nell'*album* pretorio dell'età imperiale [il rapporto sarebbe diverso nell'età precedente] gli editti costituissero la parte principale, le *formulae* l'accessoria. Gli argomenti che esso adduce e svolge con tanta dottrina, avvalorata dalle fonti, sono così importanti che crediamo utile riassumerli. L'editto è concepito dai giureconsulti romani come una *lex*; alla *formula* non vengono mai ascritti gli effetti di una norma giuridica: secondo il concetto e le parole di quello è modellata la *formula*. Le parole dell'editto sono scritte dal magistrato una sola volta per sempre, quelle della *formula* dapprima nell'*album*, poi nel caso concreto. Quello è qualche cosa di già pronto e parla in termini generali: questa abbisogna di completamenti e di adattamenti per il caso speciale e in vista delle circostanze di fatto: alla sua individuale fisionomia cooperano anche le parti [cfr. BEKKER, *Akt.* II p. 227-29; KELLER, *Proe.* p. 165] onde non può esser già del tutto pronta in precedenza. Anzi vi sono casi in cui mancavano *formulae* prestabilite. L'editto ha vita e validità di legge che vincola il magistrato (dopo la *lex Cornelia*); la *formula* acquista questa potenza solo quando è fatta nel singolo caso. L'editto si volge veramente al pubblico, la *formula* al giudice e a precise persone e per un preciso oggetto generalmente indicato nell'editto. Nell'editto il pretore compare come legislatore, nella *formula* pone in esecuzione la norma da

quando la causa sembrava essere troppo intrigata per rilasciarla ad un *iudex pedaneus* ⁶⁰⁾. Tuttavia nel nuovo diritto romano questa differenza è cessata, e ciò che spettava alla *cognitio extraordinaria* appartiene adesso all'*ius ordinarium* ^{61) a)};

⁶⁰⁾ Vedi Tit. Dig. de *extraordinar. cognitionibus* [50 13]. — Ant. QUINTANADUEGNA, *De iurisdictione et imperio* lib. I tom. V n. 7 e seg. (in Gr. MEERMANNI, *Novo Thes. iur. civ. et canon.* tom. II p. 227). — Ge. Christ. GEBAUER, *Commentat. de iurisdictionem secundum doctrinam Romanor.* cap. I § II, e i miei *Opuscula iuridica* tom. II p. 76 e seg.

⁶¹⁾ HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4168.

lui stesso precedentemente fissata o derivante da altri fattori (azioni civili). I commentatori dell'editto (per quanto vediamo nelle Pandette) davano importanza alle parole di esso, non a quelle delle *formulae*, perchè sarebbe stato un ripetere il commento all'editto dal momento che secondo le parole di questo era preparato lo schema della *formula* da completarsi nel caso concreto.

Per parte nostra osserveremo che se si concepissero le *formulae* come tipi prestabiliti e precisati in precedenza per ogni caso giuridico, accadrebbe che esso avrebbero dovuto presentare gli stessi inconvenienti delle *legis actiones*, cioè l'impossibilità di regolare, secondo giustizia ed equità, il caso giuridico concreto, a meno che non si pretendesse che il *practor* abbia potuto prevedere tutti i singoli casi possibili. Ciò sembra strano, secondo le idee dei giureconsulti romani (L. 10 D. de *legib.* 1 3), ripugnante al concetto dell'equità che pure s'incarnava nella considerazione dell'aspetto concreto dei rapporti giuridici (VOIGT, *Ius naturale* III § 70-74) e in genere contraddice alla precipua caratteristica di pieghevolezza e di adattabilità della procedura *per formulae*. Se la *formula* dell'albo non fosse stato altro che un semplice schema, ora inutile che le parti avessero libertà di esporre le loro ragioni come meglio credevano. Quando il retore SENECA, *Controv.* II 7 e 13 dice che *non ex formula natura respondet* e che la clemenza non abbisogna di *formula*, ma giudica *ex bono et aequo*, non parla certo da giurista, ma si serve solo per un paragone della nostra *formula* in materie estranee al diritto. Nè si potrebbe applicare a tutte le *formulae* ciò che CICERO, *Pro Roscio*, 4 12 dice della *formula sponsionis* da lui chiamata *angustissima*, Eppure esagerando il valore delle *formulae* tutte avrebbero dovuto sembrare angustissime. Invece anche il filosofo SENECA, *De benef.* III 7 riconosce i vantaggi della *formula*.

Intanto il concorso sopra ricordato ebbe termine con la splendida opera del LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipz. 1883, accolta con tanto plauso dai romanisti e tanto fra questi diffusa [Per altri scritti sull'edit. cfr. COGLIOLO in PADELL, p. 411 nota s]. Sebbene l'egregio romanista non abbia per le *formulae* tutta la diffidenza del VLASSAK e creda che si possano tuttora con grande verosimiglianza e per lo meno come ipotesi scientifica ricostruire da un attento esame dei commentari all'editto (p. IX e X), tuttavia non esagera neppure il valore di esse, si guarda da infondate ricostruzioni, ne critica acutamente alcune del RUDORFF e dà pure sufficiente importanza agli editti. Non possiamo che rimandare lo studioso alla dotta opera [cfr. anche LANDUCCI, *Storia del diritto romano* § 41].

Delle interessanti controversie che suscita la distinzione delle *formulae* sarà detto più opportunamente nelle note ai relativi passi del testo.

a) È comune opinione che l'*ordo iudiciorum privatorum*, ossia l'antico caratteristico

B. secondo l'olierno diritto il processo è legale (*processus legalis sive regularis*) o arbitrario (*proc. arbitrarius sive irregularis*) o convenzionale (*proc. conventionalis*) secondo che la specie del procedimento

processo romano in cui figurava *in iure* il magistrato, in *iudicio* il giudice fosse abilito soltanto da una costituzione di DIOCLEZIANO dell'anno 294 contenuta nella L. 2 C *de ped. iud.* 3 4 [cfr. l'istesso PADELLETTI, *Man.* p. 680 nota 2]. Contro questa asserzione generalmente accolta già si era pronunciato il RUDORFF, *Rechtsg.* II p. 4 Anm.; tuttavia rimase dominante. Anche il BEKKER, come ora diremo, ha cercato tuttavia di spiegare la lenta trasformazione della *extraordinaria cognitio* da eccezione a regola. Ora il BUONAMICI, *Stor. della proc.* I p. 400. giustamente e concisamente, secondo lo scopo del suo trattato, osserva che la costituzione di DIOCLEZIANO non ha fatto che sanzionare degli usi i quali già largamente esistevano. L'esatta dimostrazione di questa asserzione può trovarsi in una dotta monografia del PERNICE, *Volkrechtl. und antrechtl. Verfahren* [Festg. für Beseler 1885], il cui sunto è questo. La così detta *extraordinaria cognitio* non è altro che il procedimento in materie amministrative, già usato davanti ai consoli, censori e in talune cose anche davanti ai pretori, ora elevato a regola nel processo civile [È notevole e poco osservato, come in molte parti il diritto privato romano si sia modellato su istituti già proprii esclusivamente del diritto pubblico o per lo meno già usuali nei rapporti tra i privati e lo Stato. Cfr. BRUGI, *Circ. giurid.* XV p. 179-93 Osserv. sul conc. di persona giurid., ed egregiamente MOMMSEN, *Zeitschr. der Savigny-Stift.* VI B. A. p. 260-275]. Già nell'età repubblicana il pretore in vari casi (*missiones, restitutiones, tutele, curatele*) prendeva cognizione esso stesso. Nell'età imperiale molti affari (in materie religiose, fiscali, amministrative, ecc.), vennero sottratti alla sua competenza e devoluti ad altri magistrati. Nelle stesse materie private l'imperatore, al contrario del console e del dittatore, aveva una propria competenza accanto a quella dell'ordinario giudice: ma dapprima si tratta di materie attinenti alle amministrative, secondo le vedute romane. Intanto anche i *praefecti* e i *praesides provinciarum* invadono la sfera delle attribuzioni del pretore e qualche volta offrono alle parti vantaggi maggiori del pretore (cfr. l. 1 § 2 D. *de migr.* 43 32). Nuovi pretori vengono pure creati per speciali materie. A poco a poco l'intromissione dell'imperatore nelle controversie private si fa maggiore, in specie per ciò che riguarda le provincie e i provinciali. Nelle provincie il tribunale dei giurati non ebbe forse mai così salda radice come in Italia; cessa secondo ogni apparenza nell'età imperiale e la giurisdizione civile si concentra nei *praesides provinciarum* [Cfr. anche PADELLETTI, *Man.* p. 572, ove con pochi, ma esattissimi accenni, si delinea questa trasformazione dell'antica procedura].

La costituzione di DIOCLEZIANO è del seguente tenore: « *Placet nobis Praesides de his causis in quibus quod ipsi non possent cognoscere ante hac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere: ita tamen ut si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem omnia huius modi negotia non potuerint cognoscere, iudices dandi habrant potestatem* ». Il PERNICE, l. c. p. 77, intende la costituzione nel senso che l'imperatore rende più agevole al preside il disbrigo del suo *officium*, nel senso che cioè suppone già di regola la cognizione delle cause per parte del *praeses* e la vuole, ma per eccezione permette che esso deleghi a suoi aiutanti la cognizione intera delle cause di cui egli non può conoscere, perchè soverchiamente occupato. Anche vi è da osservare che rannodandosi questa costituzione allo svolgimento della giurisdizione civile dei *praesides*, essa non può esser presa in considerazione come se fosse un principio affatto nuovo e isolato. Con grandissima probabilità l'imperatore parla di *in-*

nel medesimo è indicata espressamente dalle leggi o rilasciata al ragionevole arbitrio del giudice o è stata stabilita dall'accordo delle parti litiganti. Un processo arbitrario ha luogo talora in commissioni nelle quali spesso la specie del procedimento vien rilasciata

ius pedanei non nel significato antico, ma in quello più recente di *iudices*, scelti dall'albo degli avvocati presso ogni tribunale, che, come pubblici funzionari subalterni, conoscevano interamente delle cause ad essi assegnate dai *praesides*.

Generalizzando si può dire che quella procedura in cui senza scelta di *iudex privatus* e senza *formula* conosce di tutta la causa il magistrato si è venuta allargando da eccezione a regola nei primi tre secoli dell'impero. Questa procedura con frase tecnica era già detta dai giureconsulti romani *extra ordinem* [Il RUDORFF estese il concetto dalla procedura al diritto materiale e molti parlarono, più o meno aderendo al suo concetto, di un *ius extraordinarium* che si volle rappresentato nel Digesto dalla massa papiniana. Quella frase ha tuttavia nel diritto privato un significato puramente processuale, secondo le dotte ricerche del VLASSAK, *Krit. Studien zur Theorie der Rechtsquellen.*, Graz 1884 p. 51-96].

Siccome è caratteristico nel diritto romano l'addentellarsi delle nuove istituzioni alle antiche, così anche pel processo è importante studiare la naturale evoluzione di questo dall'*ordo iudic. priv.* alla *extraord. cognit.* e perciò, oltre quanto sopra fu detto, si consulti KELLER, *Pr.* § 22 e 81 e molto esattamente BEKKER *Akt.* II cap. 33. che con grande chiarezza enumera i casi nei quali già durante la classica giurisprudenza il magistrato decideva *extra ordinem* e quelli in cui concorrevano un procedimento, secondo l'*ordo* ed uno *extra ordinem*. Così una indagine interessantissima che fa il BEKKER l. c. p. 191, è quella che consiste nel cercare l'intrinseca affinità fra il nuovo e l'antico processo. I germi della nuova competenza del magistrato, estesa alla cognizione totale della causa, sono da scorgersi in ciò che anche durante la divisione del processo in *ius* e *iudicium*, i magistrati romani non furono mai limitati ad una semplice operosità formale, ma ebbero sempre un'estesa sfera di azione di fronte al giurato, il quale, piuttosto che un giudice del fatto, era un aiutante del magistrato. Pei rapporti fra il processo giustiniano e quello precedente, anche durante l'*ordo*, cfr. l'importante lavoro di WIEDING, *Der Iust. Libellpr.*, le cui conclusioni sono tuttavia talora niente più che ipotetiche.

Nel diritto giustiniano vale la massima *extra ordinem omnia sunt iudicia* (pr. I. *de succ. subl.* 3 13 § 8 *de interd.* 4 15) ed è collegata strettamente al mutato ordinamento dello Stato (cfr. BUONAMICI, *Stor. proc.* p. 401). Perciò nel Digesto la parola *formula* è scomparsa [eccezione che nella L. 42 pr. D. *de furt.* 47 2 nella L. 47 § 1 D. *de neg. gest.* 3 5, nelle iscrizioni dei fr. *ad formul. hypot.*, nella iscrizione alla L. 20 D. *de except.* 44 1]; i compilatori di esso vi sostituirono la parola *actio*; pure WLAESAK, *Edict. und Klagerform* p. 59, osserva che anche nel linguaggio dei giureconsulti classici talora *actio* adoperavasi in senso formale invece di *formula*.

È naturale che le *formulae* dovessero scomparire (PADELLETTI, *Stor.* p. 680) non dovendosi ormai più dare istruzioni al giurato. Tuttavia rimasero nell'uso per inveterata tradizione scolastica, per sussidio alla interpretazione del diritto classico (onde la conoscenza di esse è necessaria a noi pure) e si prestarono concepite in prima persona a configurare la domanda dell'attore nei libelli del processo straordinario. Vedi LENEL, *Edict. perp.* p. 224 e per le formole contenute nella parafrasi attribuita a TROFILO, FERRINI, *Rend. Istit. lomb.* S. II vol. XVII fasc. 19-20, per alcune nei Basilici ZACHARIAE VON LING., *Zeitschr. der Sav. Stift.* VI, B. A. p. 24.

all'equo arbitrio del giudice quando importa al committente che la cosa sia decisa al più presto possibile ⁶²). Così è permessa al giudice qualche deviazione dalla specie regolare del processo nelle così dette *actiones arbitrariae*, nelle quali la determinazione di ciò che il convenuto è obbligato a prestare all'attore, deve essere rilasciata all'arbitrio del giudice stesso ⁶³). Tuttavia non è lecito trascurare neppure qui le parti essenziali del processo, perchè diversamente il processo è tumultuario e il procedimento nullo ⁶⁴). Nel *processus conventionalis* tutto veramente dipende dall'accordo delle parti che il giudice deve esattamente prendere in considerazione, sempre che non ridondi a suo danno o di un terzo ⁶⁵). In quanto tuttavia quello non offra alcuna decisione vengono in considerazione le generali regole legislative della specie del procedimento ⁶⁶). Talora il contratto delle parti può riguardare soltanto singoli elementi del processo, per esempio, che non vi debbono essere termini fatali o mezzi giuridici contro la sentenza pronunciata dal giudice ⁶⁷). Qui valgono per tutto il rimanente le regole del processo comune ⁶⁸). Il processo legale è esso pure di due specie:

1. Il processo ordinario o solenne (*processus ordinarius sive solemnus*) quando nella trattazione giudiziale di un controverso oggetto giuridico, affinchè sia evitata la nullità, non solo debbono essere osservate le parti essenziali di ogni giudiziale procedimento, ma anche dal principio alla fine le solennità prescritte dalle leggi o introdotte dall'uso del foro.

2. Il processo straordinario o sommario (*processus extraordinarius summarius sive minus solemnus*) nel quale, lasciate da parte le ordinarie formalità, debbono soltanto principalmente essere osservate le parti essenziali di un giudiziale procedimento. Questo deve essere

⁶²) Clem. 2 De verb. signif. Iust. Henn. BOEHMER in iur. eccl. protest. lib. II tit. I § 12.

⁶³) CLAPROTHS, *Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Process*. I Th. § 102.

⁶⁴) SCHAUMBURG, *Princ. prax. iurid. iudicior.* cap. I § 9 nota *).

⁶⁵) DANZ, *Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes* § 55 nota a e HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4174.

⁶⁶) SCHAUMBURG, *Princip. prax. iud.* Cap. I §. 16 p. 23.

⁶⁷) L. fin § ult. Cod. de tempor. et reparat. appellation. [7 63].

⁶⁸) Henr. MILDERRAND, *De processu conventionali*. Altorfi. rec. 1756.

sempre considerato come una eccezione della regola; perocchè di regola ogni lite deve essere trattata con ogni processuale formalità sino a che non è dimostrata una relativa eccezione ⁶⁹⁾. — Le caratteristiche della specie sommaria del processo consistono principalmente in questo che ⁷⁰⁾:

1. Non vien richiesto alcun libello formale, ma soltanto è sufficiente che verbalmente l'azione sia presentata dall'attore al protocollo.

2. Le citazioni pure sono fatte qui verbalmente, semprechè la condizione del citato non richiegga una citazione per iscritto.

3. Il giudice non è vincolato ai termini ordinarii; i termini sono perciò in questo caso più brevi e le dilazioni non vengono facilmente accordate.

4. Tutte le eccezioni dilatorie, le quali non riguardano la essenza della lite, vengono rigettate; così pure non hanno luogo alcune eccezioni perentorie che sono basate sopra una discussione grandemente estesa.

5. In luogo della prova formale entra qui una semplice attestazione, e questa non è vincolata al necessario termine legale; così pure qui non sono necessari indispensabilmente i capitoli per gl'interrogatorii.

6. La sentenza viene pubblicata senza le formalità necessarie in caso diverso ⁷¹⁾.

Vi sono tuttavia dei casi nei quali il processo sommario ha un nome proprio ed un andamento prestabilito. Si divide perciò il processo sommario in determinato e indeterminato ⁷²⁾.

⁶⁹⁾ I. H. BOEHMER, *Ius. eccles. protest.* lib. II tit. I § 2. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iudic.* cap. I § 10 nota *). — De COCCEJI, *Ius. civ. controv.* h. t. Qu. I.

⁷⁰⁾ Si veda BOEHMER, *Ius. eccles. protest.* c. l. I § 3. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.* Lib. II cap. I § 2 e seg. — ESTORS, *Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses* 4 Th. II tit. § 14 e seg. e specialmente CLAPROTHS, *Einleitung in die sämtl. summarischen Prozesse* I Abschn. § 5.

⁷¹⁾ Una fonte principale intorno alla natura del processo sommario è la *Clement. 2 De verbor. significat.* che qui merita di essere veduta.

⁷²⁾ CLAPROTHS, *op. cit.* § 3 e 4. — DANZ, *Grundsätze des gemeinen ordenil.*

a) Dicesi processo sommario determinato quello che ha un nome preciso e un prestabilito andamento. A questa specie del processo sommario appartengono:

1. Il processo possessorio in quanto esso tende al raggiungimento di un possesso non ancora ottenuto o alla reintegrazione del possesso perduto o alla conservazione dell'attuale possesso.
2. Il processo del mandato.
3. Il processo esecutivo.
4. Il processo cambiario.
5. Il processo per cattura.
6. Il processo concorsuale.
7. Il processo provocatorio.
8. Il processo di guerra.
9. Il processo consistoriale.

b) Il processo sommario indeterminato è quello che non ha un proprio nome nè un prestabilito andamento, ma nel quale le leggi hanno rilasciato al prudente arbitrio del giudice la maggior parte della trattazione del controverso obbietto. Il motivo di un tale sommario procedimento è vario ⁷³⁾. Esso può

1. derivare da una speciale disposizione delle leggi. Per cagione di esse vengono sommariamente trattati:

α) tutti i punti preparatorii della controversia, come tutte le cause preliminari o da decidersi incidentalmente (*causae preparatorias praeiudiciales et incidentes* ⁷⁴⁾). Ma anche

β) le cause principali (*causae principales*)

αα) a cagione della poca entità del loro contenuto che pure

bürgerl. Prozesse § 59, e del medesimo *Grundsätze der summar. Prozesse* § 2 e seg.

⁷³⁾ Molto distesamente ne trattano Io. And. FROMMANN, in *Diss. De differentiis actionum ordinarium et summariarum*, Tubingae 1684 § 23-50. — DANZ, *Grunds. der summarischen Prozesse* § 4. — CLAPROTHS, *Einleitung in die sämmtl. summarischen Prozesse* § 4. — ESTOES, *Anfanggr. des gemeinen und Reichsprocesses* 4 Th. 2 tit. § 41 e seg., e tit. 3. Del medesimo, *Anweisung zum summarischen Process*. Hauptstück 3 § 31 e seg.

⁷⁴⁾ L. 3 § 9 D. *ad exhibendum* [10 4]. — CLAPROTHS, *Einleitung in den ordentlich. bürgerl. Process*. I Th. § 99 e 100.

si usano chiamare bagattelle ⁷⁵) e). Quali cose sieno da trattare così non è determinato nel diritto comune ma vien semplicemente imposto il dovere al giudice di osservare che alle parti non si cagionino spese superiori al valore dell'oggetto controverso ⁷⁶). Per tanto il giudizio se la cosa debba essere trattata come bagattella, deve essere rilasciato all'arbitrio del giudice ⁷⁷) dove l'ordinamento giudiziario del paese non offre una precisa disposizione ⁷⁸).

bb) A cagione della evidenza del diritto ⁷⁹), per esempio, quando un avvocato chiede il pagamento delle proprie competenze presso il giudice davanti al quale egli ha trattato il processo pel suo cliente ⁸⁰).

cc) A cagione del pericolo del ritardo. A ciò riferisconsi le liti relative agli edifici, alla sepoltura, agli stagni, agli alimenti, al salario, le cause dei viaggiatori, le cause di operai, le cause commerciali, ecc. ⁸¹).

dd) A cagione del bene comune, per esempio, cause di tributi, di imposte, di dogana, di polizia, di posta ⁸²).

ee) A cagione di uno speciale favore:

⁷⁵) *God. Lud. MENCHER, Diss. de processu causarum minimarum. Lipsiae 1743.* — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. XI specim. DCLXXXIV medit. 14.

⁷⁶) Nov. XVII [*Zach. 21*] cap. 3. Nov. LXIV [*Zach. 83*] cap. 1.

⁷⁷) LEYSER, loc. cit. medit. 16.

⁷⁸) Nell'ordinamento giudiziario generale per gli Stati prussiani parte I tit. 26 § 1, vengono comprese sotto il titolo di bagattelle, quelle cause in cui l'ammontare della somma o il valore della causa raggiunge soltanto quindici talleri o meno.

⁷⁹) SCHAUMBURG, *Princ. prax. iurid. iudicar.* lib. II proleg. § 11.

⁸⁰) Il mio commentario, parte 5 sez. I § 372.

⁸¹) LEYSER, *Meditat. ad Pandect.* specim. DCLXXXIV medit. 18-28.

⁸²) DANZ, *Grunds. des gemein. ord. bürgerl. Processes* § 59. — LEYSER, l. c. medit. 34 e 35 e HOFACKER, tom. III § 4171 nota d.

e) Queste cause, dette *bagattelle*, nel testo fanno pensare ai nostri conciliatori competenti per asioni personali relative a beni mobili sino a lire 30 e per le asioni relative a locazioni di beni immobili purchè la pigione per tutta la durata della locazione non ecceda detto valore. *Cod. proc. civ.* art. 70. Il procedimento davanti ai conciliatori è spedito senza formalità (art. 448-455 *cod. proc. civ.*).

a) delle cause attinenti alla dote, alla prestazione di un fedecommesso o alla restituzione di un deposito ⁸³⁾,

b) delle persone, come, per esempio, cause delle persone degne di riguardo, dei soldati, degli studenti, cause fiscali, cause delle opere pie, ecc. ⁸⁴⁾.

2. Un altro motivo del processo sommario può essere nella speciale disposizione del signore del paese, per cui una certa controversia che altrimenti richiederebbe il processo ordinario, attesa speciali motivi, deve essere trattata sommariamente ⁸⁵⁾. Infine

3. Il processo sommario può derivare anche da un accordo delle parti litiganti ⁸⁶⁾. Invero purchè non ne soffrano il bene comune o i diritti di un terzo, non è proibito alle parti di accordarsi che la lite sorta fra loro debba essere trattata sommariamente ⁸⁷⁾; in questi limiti è pure permesso a loro di trattare nella via del processo ordinario una causa diversamente sommaria ⁸⁸⁾: e se ciò è accaduto per parte del giudice senza contraddizione delle parti, viene considerato come un tacito accordo di queste e il procedimento non è nullo ⁸⁹⁾ a). Del resto è da osservare ancora che le frasi *summatim co-*

⁸³⁾ L. 178 § 2 D. *de verb. signif.* [50 16]. L. penult. C. *Depositi* [4 34]. — HOFACKER, l. c. nota *ge.* Nella *Olem. 2 De iudiciis* vengono poste tra le sommarie anche le cause di decime e di censi. Ma questo favore fonda sul principio del diritto canonico che decime e censi fossero da giudicarsi secondo il diritto divino; principio che non fu accolto nei tribunali protestanti. Vedi CLAPROTHS, *Einleitung in die sämtlichen summarischen Prozesse* § 4 in fine.

⁸⁴⁾ *God. Dan.* HOFFMANN, *Diss. de causis privilegiatis*, Tubingae 1777.

⁸⁵⁾ Cap. 4 X *De offic. et potest. iud. deleg. Olem. 2 De iudiciis*. — *Ge. Luq.* BOEHMER, *Princip. iur. canon.* § 661.

⁸⁶⁾ L. ult. § ult. *Cod. de tempor. et reparat. appellat.* [7 63]. L. 29 C. *De pactis* [2 3].

⁸⁷⁾ MEVIUS, parte I *Decis.* CLXXI n. 4, e specialmente *Henr. HILDEBRAND in Disp. de processu conventionali* Membr. II § 3 e 4.

⁸⁸⁾ HILDEBRAND, *Diss. cit.* Membr. II § 5, e CLAPROTHS, *Einleitung in die sämtl. summarischen Prozesse* I Absch. § 4 p. 17.

⁸⁹⁾ *Olement. 2 De verbor. sign.*: « *Si tamen in praemissis casibus solemnis ordo iudicarius in toto vel in parte, non contradicentibus partibus, observetur; non erit processus propter hoc irritus* ».

a) L'odierno processo nostro si differenzia dal romano, perchè anzitutto la teoria romana delle azioni non è applicabile (cfr. BEKKER, *Alt.* II p. 244). L'antagonismo

gnoscere e *de plano cognoscere sive expedire* nelle leggi romane sono da prendersi come sinonime. Quella espressione indica principalmente un procedimento sommario che viene regolato dal pretore o dall'*iudex*

tra *ius* e *actio* così profondo nell'antico processo romano e mai del tutto venuto meno nel nuovo è oggi quasi interamente scomparso (vedi MATTIOLO, *Dir. giud.* I p. 37). Per noi è indifferente che le azioni abbiano o non abbiano un nome determinato, nè l'attore è obbligato a dire il nome dell'azione che sceglie, bastando che esponga l'oggetto della domanda e i fondamenti su cui l'appoggia. *Cod. di proc. civ.* art. 35 37 134. Così sarebbe erroneo e contrario alla scienza il ripetere l'asserzione di alcuni scrittori che il processo sommario moderno discenda dalla *extraordinaria cognitio* romana; tutt'al più si può trovare analogia tra il *summatim cognoscere* dei Romani e i nostri procedimenti speciali (cfr. MANFREDINI, *Il proced. civile e le riforme* p. 5 nota 3).

Rimandando sovente il GLÜCK alla più recente ordinanza dell'impero (*jüngster Reichsabschied*) dell'anno 1654 [un quadro delle leggi dell'antico impero tedesco è in BEKKER, *Pand.* I § 9] sarà opportuno dire qual luogo abbia questa nella storia del diritto processuale tedesco.

In Germania, dopo il secolo XIV, i tribunali popolari (*Schöffengerichten*) davanti ai quali il procedimento era orale e pubblico [su essi cfr. SCHULTZE, *Privatrecht und Proc.* p. 97 e seg.], vennero sostituiti, per l'influsso della pratica italiana, da tribunali stabili provvisti di giudici giureconsulti presso i quali il procedimento modellato su quello del diritto romano e canonico divenne scritto e segreto. Le ordinanze riguardanti il processo presso il tribunale camerale dell'impero [*Reichskammergericht* sorto il 1495], ossia le così dette *Reichskammergerichtsordnungen* servirono poi di base a molte ordinanze processuali dei vari Stati tedeschi. Poi per gli inconvenienti lamentati nella procedura e per l'opposizione che in Sassonia derivava dai fautori del diritto nazionale, il più recente decreto dell'impero, cui allude il GLÜCK, intraprese una vasta riforma del processo civile, che servì di base ad un nuovo svolgimento del diritto giudiziario tedesco [cfr. *Die Civilprozessordn. für das deutsche Reich erläßtert von STÜCKMANN und KOCK* Berl. und Leipz. 1833 p. I]. Noi non ci diffonderemo nel riportare nei relativi argomenti le massime del diritto giudiziario civile tedesco, rimandando piuttosto all'*ordinamento del processo civile per l'impero tedesco* pubblicato il 30 gennaio 1877, entrato in vigore il 1.° ottobre 1879 e al citato commento. Questo nuovo ordinamento è ispirato prevalentemente al principio della oralità, offre un tipo unico di processo e presenta caratteri proprii, al rimpetto al diritto processuale tedesco anteriore, al rimpetto al codice francese (cfr. cit. comm. p. XXI, MANFREDINI, op. cit. p. 87-93). Dispute impegnaronsi tosto circa al nuovo ordinamento procedurale in Germania, principalmente riguardo al carattere prevalente della oralità. SONNENSCHMIDT, *Zeitschr. für deutsch. Civilpr.* II p. 229 seg. — KRAEVEL, *Jarb. für die Dogm.* XI N. F. p. 441 seg. — BAHR, *ivi* p. 523; di nuovo KRAEVEL, *ivi* XIII N. F. p. 365. Uno sguardo alla letteratura processuale tedesca dalla metà del 1884 fu fatto dal FISCHER, *Arch. für die civ. Praxis* XX N. F. p. 321.

Nel nostro diritto giudiziario, di cui dobbiamo fare un cenno, è fondamentale quella distinzione fra processo *formale e sommario*, che deriva dal diritto canonico, fu propria del diritto comune e compare anche nei vari codici odierni, sebbene in taluni di questi è tipo il procedimento sommario (cfr. MANFREDINI, op. cit. p. 5-6). Al contrario per noi, come nel diritto comune, il procedimento formale è la regola, il sommario l'eccezione; ma nei tribunali di commercio il rapporto è inverso (*cod. di comm.* art. 876, *cod. di proc. civ.* art. 413). Nelle ordinanze francesi del 1490, del 1570,

*pedaneis omissis longioribus litium ambagibus*⁹⁰⁾. Ma il pretore conosceva o spediva *de plano* quando egli non sentenziava *pro tribunali*, come ordinariamente, sìvero esercitava il suo ufficio in un altro luogo⁹¹⁾ a); poichè ogni altro luogo dal tribunale in fuori dove il pretore decideva *posita sella curuli* sia in casa, sia in viaggio, dicevasi *planum*⁹²⁾, a differenza del tribunale che, come dice ISIDORO, era un *locus sublimis* e quindi, anche da TACITO⁹³⁾, è detto *sedes conspiciua*. Perciò *sellam ponere* e *de plano cognoscere* significano una

⁹⁰⁾ L. 3 § 9 D. *ad exhib.* [10 4]. L. 15 § 4 D. *de iudic.* [42 1]. L. 3 § 4 D. *de carbon. edicto* [37 10]. L. 1 § 14 D. *de ventre in possess. mitt.* [37 9].

⁹¹⁾ L. 9 § 3 D. *de offic. Procons.* [1 16]. L. 3 § 8 D. *de honor. possess.* [37 4]. L. 2 § 1 D. *Quis ordo in honor. possess. servet.* [38 15]. L. 18 in fin. D. *de quaest.* [48 18].

⁹²⁾ Iac. RAEVARDUS, *Protribunal.* cap. 7. — Car. SIGONIUS, *De iudiciis* lib. I cap. 7 (*De antiquo iure Pop. Rom.* tom. II p. 419 seg.). — Sibr. TETARD. SICCAMA, *De iudicio centumvirali* lib. I cap. 3. Ger. NOODT, *De iurisdictione et imperio* lib. I cap. 10.

⁹³⁾ *Annal.* lib. 1 [18].

del 1579 è già fatta la distinzione tra cause sommarie e formali, ma solo l'ordinanza del 1667 indicò tassativamente le prime e le seconde. Tale via fu abbandonata dai più recenti legislatori (vedi PISANELLI, *Relaz. sul cod. di proc. civ.*) per la difficoltà di un criterio distintivo *a priori*. Il *cod. di proc. civ.* art. 889 dispone che sono trattate col procedimento sommario: 1.° le domande per provvedimenti conservatorii o interinali; 2.° le cause in appello dalle sentenze dei pretori; 3.° le altre cause per le quali sia ordinata dalla legge o autorizzata dal presidente la citazione a udienza fissa. Conforme a ciò che il GLÜCK osserva, diremo che anche presso di noi, dopo molta disputa, la giurisprudenza sembra concorde nel ritenere che la sostituzione di una forma di procedimento all'altra non induce nullità purchè vi sia il consenso di tutte le parti. BICCI, *Comm. al cod. di proc. civ.* I p. 296 seg.

Avvertiremo infine che sì l'una, come l'altra specie di procedimento hanno presso di noi caratteri proprii, secondo la qualità delle magistrature e la natura delle cause: caratteri che lo studioso ricercherà nelle disposizioni della legge. Pel procedimento davanti a pretori cfr. ora SCEVOLA, *Il proc. civ. comm. e pen. ecc. dav. i pretori*, Torino 1885. Si consulti pure la cit. op. del MANFREDINI, diligente e dotto anche per la legislazione processuale comparata.

a) Pel luoghi ove il pretore rendeva giustizia, vedi KELLER, *Pr.* § 3. Ricorderò che il principio contenuto in proposito nella L. 11 D. *de iust. et iur.* 1 1 era abbastanza ampio, potendo il pretore esercitare il suo ufficio dovunque purchè *salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum*. Così il giurato durante l'*ordo iudicior. priv.* poteva giudicare in casa propria. Perciò VITRUV., *De architect.* VI 8 1 descrivendo il piano completo di una casa romana vi pone un luogo per gli *iudicia privata* (cfr. TACIT., *De orator.* 89).

sola cosa ⁹⁴). Se per tanto in una *cognitio de plano* il processo era sommario, non potevano tutte le cause sommarie essere spedite *de plano* ⁹⁵), ma soltanto quelle cause che sul luogo potevansi decidere perchè di poca entità o perchè non vi era alcun *contradictor* ed in quanto non ne derivava danno ad un terzo ⁹⁶).

II. Riguardo al contenuto della lite il processo è pure vario.

1. L'oggetto litigioso che giudizialmente vien trattato può essere una causa civile o criminale ⁹⁷). Nel primo caso il processo che ha tal causa per oggetto appellasi processo civile, nel secondo processo criminale o penale.

2. Il processo civile è pure di due specie: si fa questione, cioè, soltanto intorno al possesso o intorno al diritto spettante su di una cosa. Nel primo caso il processo è detto possessorio, nel secondo petitorio ⁹⁸). Infine

3. Il processo viene pure diviso in semplicemente preparatorio ed in principale, secondo che l'oggetto litigioso è tale che deve semplicemente aprire l'adito ad una causa principale ovvero è una causa principale ⁹⁹).

⁹⁴) VALERIUS MAXIMUS, lib. III cap. 5 Ex. 2. dice di Scipione, il figlio dell'Africano: *Quamquam quis interfuit, utrum repulsam, an sic adeptam Praetorem domum referret? quam cum propinqui ab eo pollui animadverterent, id egerunt ne aut sellam ponere aut ius dicere auderet.*

⁹⁵) Per esempio, veruna *bonorum possessio decretalis*. L. 3 § 8 D. *de bonor. poss.* [37 4]. L. 2 § 1 D. *Quis ordo in possess. serv.* [38 15]. — VOET, h. t. § 3. — POTHIER, *Pandectae Iustinianae* tom. II lib. XXXVII tit. I n. IV p. 558. Così pure veruna reintegrazione nel pristino stato e dove in genere è richiesto un decreto. L. 3 § 8 D. *de bon. poss.* Vedi ZEPERNICK ad SICCAMAM, *De iudicio centumvir.* lib. I cap. 3 nota p p. 19 e seg.

⁹⁶) L. 9 § 3 D. *De offic. Procons.* L. 2 § 1 D. *Quis ordo in bon. possess.* L. 6 *de accusat.* [48 2]. L. 18 § 10 D. *de quaestio.* L. 7 et 8 D. *de manumiss. vind.* [40 2]. — SICCAMAM c. l. p. 23 et ad *Eundem* ZEPERNICK, nota t.

⁹⁷) Per cause criminali vengono intese qui tutte quelle che riguardano la pubblica punizione di un delitto commesso. Se l'attore cerca il raggiungimento del suo privato interesse, la causa è civile quando pure abbia a base un delitto § 10 I. *de iniur.* [4 4]. L. 9 § 5 D. *de public et vectigal.* [39 4]. L. 3 D. *de delict. priv.* [47 1]. L. 92 D. *De furt.* [47 2]. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect.* h. t. § 11 e 12. — VOET, h. t. § 6, e specialmente MEISTER, nella completa monografia del processo penale in Germania, tom. I sez. 1, 2 part. princ. § 1 e seg.

⁹⁸) DANZ, *Grunds. des gemein. ord. bürgerl. Processes* § 57.

⁹⁹) LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect.* h. t. § 13.

§ 499.

*Che cosa è litis contestatio secondo il diritto romano
e il diritto odierno? a)*

È già stato osservato che la vera trattazione di una giudiciale controversia incominciava presso i Romani con la contestazione della lite. Infatti solo quando questa era avvenuta dicevasi: *res est in*

a) Anche l'odierna letteratura sulla *litis contestatio* romana è ricchissima e si aggira sopra punti grandemente controversi. Il GLÜCK comincia la storia della contestazione della lite con una interpolata costituzione degli imperatori SEVERO e ANTONINO. [Secondo WIEDING, *Inst. Libellpr.* p. 181 382, questa costituzione ha una iscrizione ed una sottoscrizione falsa ed è piuttosto un rescritto dell'età postteodosiana] che a torto riferisce anche al processo del diritto classico. Nello stato odierno dei nostri studii, in ispecie per mezzo di GAIO, l'incominciamo sino dal tempo delle *legis actiones* e ne seguiamo le fasi attraverso il diritto classico sino al giustiniano.

ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* I 1 § 113 [ricco di bibliografia e di critica delle varie opinioni]. — BACHOFEN, *Ausgew. Lehren des röm. Civilrechts* n. 2, Bonn 1848. — BEKKER, *Die process. Consumption im. class. Recht*, Berlin 1853, *Akt.* I p. 317 seg. — BRINKMANN, *Litigiosität*, Kiel 1849. — BRINZ, *Pand.* § 94-95. — BUCHKA, *Vom Einfluss des Proc. auf das mat. Rechtsverhältn.*, Rost. 1846-47. — COGLIOLO, *Nella eccezione di cosa giud.*, Torino 1883 libro 1.º, *Eccezione di cosa giud. nella Enciclop. giurid. ital.* — DANZ, *De litis contest. quas fuit temp. legis act.*, Ien. 1831. — DE CRESCENZIO, *Sist.* § 92. — DEGENKOLB, *Einlassung*, Leipz. 1876. — DERNBURG, *Pand.* I § 153. — ENDEMANN, *Das Princip. der Rechtskraft*, Heidelb. 1860. — FUCHS, *Die Lehre von der Litisdenuntiatio*, Marb. 1855. — GIDE, *Etud. sur la novation*, Paris 1879 p. 273. — GOLDSCHMIDT, *Ueber Litiscontest. und Einred.*, Frankf. a. M. 1812. — GUNDLING, *De lite contest.* — HARTLER, *Linde's Zeitschr.* N. F. XII 14. — HEYNITZ, *De litis contest. in condemn.*, Berlin 1866. — KELLER, *Ueber Litiscontest. und Urtheil* etc., Zürich 1827 [famosa opera ove l'A. per primo si giovò mirabilmente di GAIO ed a cui rannodansi le posteriori controversie nel nostro argomento e in altri, per esempio nelle obbligazioni in solido] *Proc.* § 59-62. — KLEINSCHROD, *Ueber die processualische Consumpt. etc.*, Leipz. 1875. — KRUGER, *Processualische Consumpt. und Rechtskraft des Erk.*, Leipz. 1864 e nella *Zeitschr. für Rechtsg.* VII p. 231. — IHERING, *Geist* I 171, IV 23. — MAYER, *Ad Livii locum c. 41-48 Diss.*, Stuttg. 1828, *Die Litiscontest. geschichtl. darg.*, Stuttg. 1830. — MÜLLER, *Rom. Actio, heut. Klager. Litiscontest.*, Erl. 1857. — REINHARDT, *Ergänz. zu Glück* II 1 p. 286 seg. [tratta in ispecie del passo di FESTUS relativo alla *litis contest.* e dei rapporti di questa con la *litis denuntiatio*]. — RIBBENTROPP, *De necess. quam eoa. novat.* — RÖMER, *Das Erlöschen des klägerischen Rechts nach Einleit. des Processes*, Stuttg. 1852. — ROEHRT, *Zur Lehre von den Wirkung. des Proc. auf das mat. Recht*, Heidelb. 1848. — SALPIUS, *Novation und Delegat.*, Berl. 1864 § 25. — SAVIGNY, *System* VI § 257. — SCHWALBACH, *Ueber ungült. Urth. und die consum.* — *Wirk. der Litiscont.* in *Zeitschr. der Sav. Stift.* VII B. A. p. 118. — SINTENIS, *Das prakt. gem. Recht* I § 33, *Erläuterung aus röm. Th. des Civilpr.* I p. 90-210. — SPENGLER, *Lehre über Litiscontest.*, etc., Munch. 1827. — TARDIF, *Etude*

iudicium deducta (§ 493 p. 7). Ma anche secondo il diritto odierno sostengono i nostri pratici giuristi, che soltanto mediante l'impegno nella lite vien consolidata la contesa giuridica ¹⁰⁰⁾. La contestazione della lite ha tuttavia, secondo il diritto romano, un carattere affatto diverso da quello dell'odierno impegno nella lite.

1. In che cosa consistesse la *litis contestatio* romana viene insegnato dagli'imperatori SEVERO e ANTONINO, *L. un. Cod. de litis contest.* [§ 9] dove dicesi: *Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.* Gli'imperatori vogliono qui indicare la differenza tra una semplice edizione dell'azione e la contestazione della lite riguardo alla libertà di modificare l'azione. Ciò appare specialmente dalla *L. 3 Cod. de edendo* [2 1], la quale, come anche il NOODT ¹⁾ ha osservato, forma parte di quella costituzione degli'imperatori SEVERO e ANTONINO. Ivi dicesi: *Edita actio speciem futuras litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet, pro ut Edicti perpetui manet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas.* Per intendere convenientemente questi passi è necessario che sia osservato quanto segue intorno all'ordinamento giudiziario romano. Quando l'attore aveva partecipato l'azione al convenuto davanti al tribunale (§ 270) era necessario soprattutto di chiedere il permesso al pretore di poter dirigere e sperimentare l'azione contro il convenuto ²⁾ (*postulare actionem*): il qual permesso era dal pretore, soltanto dopo verificate le circostanze, ac-

¹⁰⁰⁾ Si veggia *Ern. Gotfr. Christ. KLÜGEL, Diss. de litis iudicialis initio*, Vitemb. 1778.

¹⁾ *De iurisdictione* lib. I cap. 3.

²⁾ BRETTUS *in ordine perantiquo iudiciorum civilium* cap. 24.

sur la litis contest., Paris 1881. — WAECHTER, *Erörterungen* II p. 10, III p. 66-117. — VANGEROW, *Pand.* I § 180. — WIEDING, *Iust. Libellpr.* § 1-38. — WINDSCHEID, *Pand.* I § 124-126, *Die Actio* § 8-9 e *Die Actio, Abwehr gegen MÜTHER*, Düsseldorf. 1857. — VOIGT, *Ius naturale* III. — VOSSLER, *De lit. contest. rom.*, Tub. 1808. Sulla *L. C.* sono frequenti le dissertazioni anche dei secoli scorsi; ma non di tal valore che meriti citarle dettagliatamente.

GLUCK, *Comm. Pandette.* — Lib. V.

cordato (*actionem dabit*) o negato (*actionem denegabat*)³⁾ a). Se questa *postulatio* non era avvenuta poteva essere opposta all'attore la *exceptio non impetratae actionis*, la quale soltanto in seguito fu abolita da TEODOSIO il giovane⁴⁾. Il convenuto da parte sua poteva domandare un tempo per riflettere tra sè stesso se egli voleva litigare con l'attore o cedere. Imperocchè raramente nel modo con cui dapprima avveniva presso i Romani la *in ius vocatio*, il convenuto era sufficientemente preparato alla difesa⁵⁾. Inoltre non si giungeva subito alla contestazione della lite, ma l'azione promossa era talora incorporata negli *acta postulationum* e le parti venivano citate ad un altro termine⁶⁾. Affinchè poi l'attore fosse assicurato che il convenuto si sarebbe fatto certamente trovare in questo termine, aveva facoltà di pretendere da questo la prestazione di una cauzione mediante fideiussori la quale fu detta *vadimonium*⁷⁾ b). Se le parti si erano nuovamente ritrovate davanti il tribunale del pretore al tempo fissato, si giungeva adesso alla contestazione della lite quando precedentemente le necessarie cauzioni, per esempio, *satisfactio ratihabi-*

3) RAEVARDUS, *De praedictis* lib. I cap. 4. I miei opuscoli tom. II p. 327.

4) L. un. *Cod. Theod. de omitta actionis impetrat.*

5) I miei opuscoli tom. II p. 332.

6) RAEVARDUS, *Protribunal. lib. sing.* cap. 9. — SICCAMA, *De iudicio centumvrali* lib. II cap. I et ad *Eundem* ZEPERNICK, nota b et c p. 116 e seg.

7) Bav: VOORDAE, *Diss. de vadimonio* Traj. ad Rhen. 1751 (In *Dan. FELLENERGH, Iurisprud. antiqua* tom. II).

a) Gli espositori del processo romano danno importanza a distinguere la *denegatio actionis* dalla estinzione *ipso iure* dell'azione. Del resto vi è un certo parallelismo tra *denegatio actionis* ed *exceptio*. La *exceptio* suppone già il procedimento *in iure*; il pretore ha accolto l'obiezione mossa dal convenuto alla domanda dell'attore e rimanda le parti al giudice, perchè verifichi se l'obiezione (tecnicamente *exceptio*) è fondata. Se poi l'obiezione del convenuto è incontestabile e fondata senza alcun dubbio, non abbisogna di ulteriore disamina per parte del giudice ed ha immediata efficacia, poichè il pretore stesso fa una *denegatio actionis*. KELLER, *Proc.* § 36. Per i casi in cui avveniva una *denegatio actionis* vedi RUDORFF, *Gesch.* II § 70. Secondo il LANDUCCI, *Storia del diritto romano* p. 337, in virtù della *lex Aebutia* il pretore fu arbitro di concedere o negare la formula.

b) Pel *vadimonium ut (in ius vocatus) promittat se certo die sisti*, già in uso nell'antica procedura romana, cfr. GAIUS IV 184 185, Berol. 1884.

tionis, iudicatum solvi erano state prestate⁸⁾. L'attore raccontava allora tutti i precedenti della causa o il negozio (*negotium*) sul quale fondava la sua azione e recitava la formula che esprimeva la sua domanda. Il convenuto rispondeva a ciò, ovvero negando, ovvero allegando una eccezione mediante la quale cercava di liberarsi dall'azione⁹⁾. Questo racconto dell'attore e la relativa risposta del convenuto dicevansi dai Romani *litis contestatio*¹⁰⁾, come GIUSTINIANO stesso¹¹⁾ c'insegna quando dice: *Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam*. Il nome *litis contestatio* deriva da questo che in tale atto solevasi, con una certa solennità, fare appello ai presenti come testimoni, il che dicevasi *contestari*. Così dice FESTO¹²⁾: *Contestari dicuntur duo aut plures adversarii, quod, ordinato iudicio, utraque pars dicebat: testes estote* a).

8) L. 40 § 3 D. *Procurat* [3 3]. L. 15 pr. D. *eodem*. L. 8, L. 13 pr. D. *iudic. solvi*. [46 7]. L. 2 § 9 C. *de iureiur. propt. calumn.* [2 59]. — SIGONIUS, *Opuscula* tom. II p. 370 e seg.

9) I miei opuscoli tom. II p. 370 e seg.

10) *Car. God.* WINCKLER, *Diss. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus*. Lipsia 1751 sect. I § 2.

11) L. 14 § 1 Cod. *de iudiciis* [3 1].

12) *De verbor. significat. voc. contestari*. Intorno a questa solennità della contestazione è da consultare WINCKLER, *cit. Diss.* sect. I § 7.

a) Bisogna distinguere, meglio di quello che poteva fare il GLÜCK, la *litis contest.* della procedura delle *legis actiones* da quella della procedura *per formulas* e della *extraordinaria cognitio*. Durante l'*ordo iudiciorum privatorum* la *litis contest.* in sostanza servì sempre ad indicare l'atto finale del procedimento davanti al magistrato (ARNDTS-SERAFINI I 1 § 113 nota 2 e con molta chiarezza SERAFINI, *Istit.* § 39); in sostanza anche allora determinava pel giudice il vero oggetto della controversia per la quale era richiesto il suo *officium*.

Riguardo alle parole di FESTUS citate dal GLÜCK cfr. BUONAMICI, *op. cit.* p. 270, il quale giustamente osserva che FESTUS dice *solet*, verbo che distrugge ogni idea di obbligo. Questo scrittore crede che la contestazione della lite non fosse che il concetto di un punto ideale dimostrato non da un fatto singolo, ma da un insieme di fatti. Nella *legis a. sacram.* la *litis contest.* sarebbe avvenuta quando l'una e l'altra parte si erano provocate scommettendo una data somma (*sacramentum*), nella *legis a. per iud. postulat.* quando era stata fatta istanza per la nomina del giudice, e nella *legis actio per condit.* quando le parti si erano recate davanti al magistrato ed avevano stabilito di tornarvi il trigesimo giorno dipoi per chiedere il giudice. L'adibizione solenne di testimoni non sarebbe quindi essenziale. Nella procedura *per formulas* la *litis contest.* sarebbe derivata dagli atti *in iure* e dalla concessione dell'azione; fatto che dimostrava che le parti sottoponevansi al giudizio e che era ben determinato l'oggetto della lite.

Se pertanto, secondo l'accennato concetto romano, la contestazione della lite era un atto bilaterale per cui richiedevasi il concorso di ambedue le parti, è tuttavia degno di osservazione che quando le leggi parlano soltanto di una delle parti contendenti, dicono propriamente solo dell'attore: *quod litem contestetur*¹³⁾, perchè è esso principalmente che esercitando la sua azione cagiona la lite¹⁴⁾; del convenuto dicono invece *quod iudicium accipiat* quando risponde all'azione¹⁵⁾. Soltanto dal racconto dell'attore e dalla contraddizione del convenuto poteva il pretore convenientemente giudicare in che cosa consistesse la *causa*, cioè il vero punto della controversia¹⁶⁾. Se questa consisteva in una semplice questione di diritto decideva il pretore medesimo¹⁷⁾. Quando, al contrario, la decisione della causa dipendeva dall'esame di talune circostanze di fatto, assegnava alle parti un *iudex* o anche più¹⁸⁾ se la causa era importante e le parti ciò consentivano¹⁹⁾ a).

Invero non poteva esser loro assegnato coattivamente come *iudex* taluno contro cui l'una o l'altra parte protestava²⁰⁾. Quel giudice,

13) L. 10 § 2 D. *si quis caut.* [2 11]. L. 28 D. *de novat. et delegat.* [46 2]. L. 11 pr. D. *de pign. act.* [13 7]. L. 3 § ult. D. *iudicat. solvi* [47 7].

14) WINCKLER, *cit. Diss. sect. I* § 2.

15) L. 35 § 2 D. *de iureiur.* [12 2]. L. 28 § 2 D. *de iudic.* L. 34 D. *eodem.* L. 9 *De verb. obligat.* [45 1]. L. 16 D. *De procurat.*

16) L. un. C. *De lit. cont.* dice: *Iudex causam audire exceptit.* Ma causa è, come WINCKLER, *cit. Diss. sect. I* § 6 con molti passi dei classici ha dimostrato: *id de quo principaliter quaeritur in lite, et quod caput est totius controversiae.*

17) Ger. NOODT, *De iurisdic. et imperio* L. I cap. 8. — RAEVARDUS, *Pro-tribunal.* lib. sing. cap. II.

18) L. 12. L. 76 D. h. t. L. 28. L. 33. L. 39 D. *de re iudic.* [42 1]. — Ant. SCHULTING, *Diss. de recusatione iudicis* cap. VI § 4 (in *Eius Commentat. academ. Halae 1770* 8.^a edit.) e Iac. RAEVARDUS, *De praecudicis* lib. I cap. 6.

19) CICERO, *Orat. pro Roscio Comaedo* cap. 45 e *pro Cluentio* cap. 43. Da ciò deriva il modo di dire: *iudex inter adversarios convenit.* — QUINTILLIANUS, *Declamat.* 34^o *iudex sumitur.* — CICERO, *Pro Flacco* cap. 21 D. *quod rei aut clam.* [43 24]. L. 47 D. *famil. erisc.* 10 2].

20) L. 47 D. *de iudic.* — SCHULTING, *cit. Diss. cap. VI* § 1 e 2.

a) Per regola, che si può dir generale, il giudice era uno (*unus iudex*), gli arbitri talora erano anche più, i *recuperatores* sempre (3 o 5). Tuttavia questo punto è discusso, come in genere è controverso il rapporto tra i collegi stabili (*decemviri po- centumviri*) e l'*unus iudex*. KELLER, *Pr.* § 5-8. — PUCHTA, *Instit.* I § 153-154.

pel quale le parti si erano accordate, veniva formalmente costituito dal pretore per questa lite; ciò che veniva detto nelle leggi: *ex conventione litigatorum iudicem addicere* ²¹⁾. In pari tempo era ad esso prescritta una istruzione (*formula iudicii*) secondo la quale egli doveva esaminare e discutere la causa. Da questa esposizione dell'ordinamento processuale romano consegue che la *litis contestatio* apparteneva a quelli atti del processo che compievansi *in iure*, cioè davanti al pretore. Il nostro autore è tuttavia di altra opinione. Egli afferma cioè, not. *q*, che la contestazione della lite accadesse soltanto quando le parti fossero state rimandate all'*iudex pedaneus*. Qui esse, in presenza di alcuni testimoni, avrebbero promesso, mediante stipulazione, che volevano continuare sino alla fine il processo innanzi a questo giudice: ciò sarebbe stata la *litis contestatio* romana. Ma la *L. un. C. de lit. cont.* alla quale riferiscesi anche il nostro autore, non appoggia questa idea. Invero dicesi ivi: *Lis tunc contestata videtur cum iudex per narrationem negotii causam audire coepit*. Tuttavia il NOODT ²²⁾ ha già osservato che qui per *iudex* non si deve intendere l'*iudex pedaneus*, ma il pretore od un magistrato il quale aveva la giurisdizione. L'esattezza di questa interpretazione non si rileva soltanto dalla *L. 3 C. de edendo* che, come già sopra venne osservato, riproduce una parte della *L. un. cit.* ove di colui che prima venne nominato come *iudex* è detto *quod ius reddat*, espressione che non viene mai adoperata per l'*iudex pedaneus*; ma si può pure dimostrare mediante altre leggi che quel significato della parola *iudex*, specialmente nelle costituzioni degli imperatori, è frequente ²³⁾. Che la *litis contestatio* non sia avvenuta innanzi all'*iudex pedaneus* apparisce anzitutto da questo che al pretore sarebbe stato impossibile prescrivere una *formula iudicii* per l'*iudex* prima che egli avesse appreso dalla contestazione della lite, dove consisteva il vero punto della controversia, che abbisognava di una ulteriore

²¹⁾ L. 39. L. 46, L. 80 D. h. t. L. 4 § 1 D. *de eo, quod certo loco* [13 14]. L. 59 § ult. D. *ad SCtum Trebell.* [36 1].

²²⁾ *De iurisdictione* L. 1 cap. 15.

²³⁾ L. 1 C. *de iurisd.* [3 13] L. 1 C. *de ord. iudicior.* [3 8]. L. 4 C. *de offio Bect. provinc.* [1 40]. L. 1 Cod. *ut omn. iudic.* [1 49]. L. 1 C. *de annon.* [11 24]. — NOODT, *De iurisdictione*. L. 1 cap. 9, e WINCKLER, cit. *Diss. sect.* 1 § 4.

disamina. Quindi dice anche CICEERONE²⁴⁾: *In iure et exceptiones postulantur et quodammodo agentī potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur*. Aggiungi in secondo luogo un passo molto chiaro di ULPIANO, il quale nella *L. 1 § 2 D. de feriis* [2 12] dice: *Escoipiuntur certae causae, in quibus cogi poterimus, et per id temporis quo messes vindimiaeque sunt ad praetorem venire; — Sane quoties res urget, cogendi quidem sumus ad praetorem venire, sed ad hoc tantum cogi aequum est ut lis contestatur*. Finalmente anche PAOLO ci offre un argomento molto convincente quando nella *L. 73 D. de procurator*. [3 3] dice: *Tum demum, cum lis iam contestata sit, omnia officio iudicis dirimenda esse*^{a)}. Tralascio altri argomenti di prova che possonsi trovare in WINKLER²⁵⁾, ed osservo soltanto ancora che quando in seguito nella contestazione della lite andò in disuso la solennità della invocazione dei testimoni²⁶⁾, non vennero alterati presso i Romani nè il nome, nè la natura di quella²⁷⁾. È vero che, secondo una certa costituzione degli imperatori ARCADIO ed ONORIO²⁸⁾, deve equiva-

²⁴⁾ *De invent.* lib. II cap. 19.

²⁵⁾ *Diss. cit.* sect. I § 3 4 et 5. Appunto di questa opinione sono pure Ger. NOODT, *De iurisdictione* lib. I cap. 15. — Franc. POLLETUS, *Historia fori rom. restituta et illustrata* (Francof. 1676) lib. V cap. 5 p. 441 e seg. — HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 20. — Car. SIGONIUS, *De iudiciis* lib. I cap. 27, e VOET, h. t. § 144.

²⁶⁾ HUBER, l. c. § 21, e WINKLER, cit. *Diss.* sect. I § 10 p. 27.

²⁷⁾ Nov. LIII [Zach. 82] cap. 3 § 1. Nov. XCVI [Zach. 90] cap. I. — KLÜGEL, *Diss. de litis iudicialis initio* § 5 p. 14.

²⁸⁾ Lib. I C. *Quando libellus principi datus litis contest. faciat* [1 20]. *Dubium non est contestationem litis intelligi etiam, si nostras fuerint tranquillitate preces oblatae, easque adversus heredem quoque eius, in quem porrectae sunt, vel ab herede eius, qui meruit, exercere*. Nella *L. 8 Cod. Teod. de div. Rescript.* da

a) L'opinione del GLÜCK è la preferibile oggi pure. Anche il passo di FESTO mostra che la *litis contest.* avveniva davanti al pretore *ordinato iudicio* [REINHARDT, *Er-gänz.* II 1 p. 292, collega quel passo con GAIUS IV 15 *quum iudex datus esset denuntiabant*; ciò è opportuno, ma non si può, come egli asserisce, dire quel *denuntiabant* sinonimo a *litem contestabant*]. La questione fu poi dottamente trattata dal KELLER, *Ueber Litiscontest.* § 3-5. Se la procedura *in iudicio* fosse stata iniziata con la *litis contest.*, doveva questa essere identica alla *causae coniectio* riassunto della causa di cui parla GAIUS, IV 15, mentre sono momenti diversi. Cfr. l'importante passo di GELLIUS, *N. at.* V 10: *litem contestatur et cum ad iudices coniciendas causas gratia venissent*. Della *l. un O. de litis contest.* diremo alla p. 32 nota a. Per tale questione vedi anche FUCHTA, *Inst.* I § 172.

lere ad una contestazione della lite il fatto che taluno presenta mediante una supplica la sua azione al reggente istesso, e questi ha disposto riguardo alla causa; anche GIUSTINIANO²⁹⁾, in una sua nuova costituzione, ha confermato appunto ciò, sebbene con la limitazione che possa aver luogo soltanto nelle azioni pretorie che estinguonsi col decorso di un anno. Nullameno: 1.° tale *oblatio precum et ad eas rescriptio* non può equivalere ad una vera contestazione della lite perchè per essa non è richiesta la risposta del convenuto, ed inoltre: 2.° gli effetti di tale *litis contestatio anomala* non possono essere estesi oltre a ciò che vogliono le leggi, le quali le ascrivono solo l'efficacia di perpetuare l'azione e di assicurarne la trasmissione agli eredi^{30) a)}.

cui quella L. 1 è presa, ricorrono anche le seguenti parole che TRIBONIANO ha omeaso. *Nam sicut ex causis numerosis etiam haec actio transmittitur ad heredem, quae testatori competisse monstratur, sic et diverso, iuris definitione, consullorum omnius consona responsione, firmatur, ab herede actione non incipere, quae non competierit testatori. — Iac. GOTHOFREDUS in commentur. ad Cod. Teodos. tom. I p. 24, osserva giustamente che per precisare il vero senso di questa legge, deve esservi congiunta la L. 7. Cod. Th. de contrah. emt. la quale forma una parte della L. 8. Questa congiunzione c'insegna in pari tempo che secondo quella disposizione degli imperatori ARCADIO e ONORIO, riguardo alla specie delle azioni, non era stata fatta quella differenza che di poi GIUSTINIANO trovò necessario di determinare. Ma GODEFROI non ha ragione quando sostiene che già alla semplice *oblatio precum* fosse ascritto l'effetto della L. c. Imperocchè in parte le parole *vel ab herede eius, qui meruit exerceri*, diversamente insegnano, perocchè la parola *merere* niente altro significa che *impetrare rescriptum*. L. 33 Cod. de donat. [8 54]. in parte anche GIUSTINIANO richiede espressamente la concessione di un rescripto alle *preces principi oblatae* quando debbono aver luogo gli effetti della L. c. ad esse attribuiti.*

²⁹⁾ L. 2 C. eod. *Temporales actiones, quae per oblationem precum et ad eas rescriptionem perpetuantur, definire necessarium esse duximus, ne quis putet, ad alias etiam quae certis taxantur temporibus, hoc pertinere. Sciant igitur omnes eas tantummodo per oblationem precum et ad eas rescripta perpetuari quae a Praetore constitutae annali tempore coarctatae sunt.*

³⁰⁾ Cfr. Fr. RAGUELLI, *Commentar. ad constitut. et decision. Iustin.* lib. I p. 83. — WEERNHER, *Select. observat. for.* tom. I parte I, *Obs.* 145 in *supplem. novo* p. 125 e seg., e Io. Casp. HEIMBURG, *Progr. quo inquiritur: an oblatio libelli principi facta litispendentiam inducat?* Ienae 1750.

a) Anche questa *litis contest.*, derivante dalla presentazione del libello al principe,

2. La odierna contestazione della lite ^{a)} è invece semplicemente un atto del convenuto, consistente nella risposta che egli dà all'azione intentata contro di lui, cioè nella dichiarazione del medesimo

si connette con la crescente importanza della giurisdizione civile dell'imperatore e col venir meno dell'*ordo iudic. priv.* PERNICE, *Fbstg. für Basel*, p. 71. Su tale interessante procedura speciale *per libellum principi datum* (nella quale talora il principe, rimandando la causa al giudice, mostrava come dovesse esser decisa in diritto, purchè le circostanze di fatto apparissero vere al giudice stesso e dove perciò si ravvisa una qualche somiglianza con la *formula*), cfr. PUOHTA, *Istit.* I § 178, BETHMANN-HOLLWEG, *Civilproc.* III § 164. — PADELLETTI, *Man.* p. 676.

a) È naturale che venuta meno la distinzione tra procedimento *in iure* e *in iudicio* e conoscendo omai di tutta quanta la causa il magistrato dovesse trasformarsi il concetto della *litis contestatio*. Si è detto anzi che la *litis cont.* nella *extraord. cogn.* è scomparsa e ridotta a un puro nome. Ma BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* II p. 777 nota 112, trova nella L. 35 § 1 D. *de auro leg.* 34 2 una chiara prova della sua esistenza anche nella *extr. cogn.* [cfr. KELLER, *Pr.* § 81 e WIEDING, *Krit. Vierteljahrschrift.* XII p. 268]. Che cosa è adunque la *lit. cont.* nel diritto giustiniano e nel nostro? Si discute molto in proposito. ARNDTS-SERAFINI, I 1 § 113 nota 5. — WINDSCHEID, I § 126 e spec. nota 1. — WIEDING, *Der Inst. Libellpr.*

Secondo BUONAMICI, op. cit. p. 272, la contestazione della lite in diritto giustiniano risulta dalla discussione delle parti davanti al giudice. La quale opinione sembra vera, perchè le parti nel processo giustiniano esponevano all'udienza le ragioni contenute nei libelli e solo allora *post narrationem propositam et contradictionem obiectam* (L. 14 § 1 C. *de iud.* 3 1) il giudice poteva farsi un'idea chiara del preciso oggetto della controversia. Alla *litis contestatio* del processo giustiniano si congiunge strettamente l'*insurandum propter calumniam* (L. 2 C. *de iur. iur.* 2 59) che l'una e l'altra parte deve prestare e che dà forma precisa e semplice alle dichiarazioni precedentemente fatte dai litiganti. WIEDING, op. cit. p. 150, crede che la *litis contestatio* avvenisse già quando era incominciata la *narratio negotii*. Questa opinione si basa principalmente sulla L. 1 C. *de liti. contest.* 3 9 e fu combattuta dottamente dal MÜLLER nella *Kritische Vierteljahrschrift* IX p. 177 seg.; a lui rispose il WIEDING nello stesso periodico XII p. 275. Ma l'opinione di WIEDING non è stata mai generalmente accolta. In senso contrario ad essa cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* III p. 253. — WINDSCHEID, *Pand.* I § 126 nota 1. L'opinione del WIEDING merita un serio esame: qui riferiremo le principali ragioni in favore della *communis opinio*.

È vero che la L. 1 C. *de liti. contest.* dice: *lit. enim tunc contesta videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coepit*. Ma prima di tutto questa costituzione non ha altro scopo che di distinguere la *editio actionis* dalla *litis contestatio*. Onde genericamente dice che la *litis contest.* avviene solo quando è incominciato il giudizio, senza determinare più oltre il momento in cui veramente accade la *litis contest.* Di più quella parola *narratio* presa così in genere comprende anche la *narratio* del convenuto o più propriamente *responsio*. D'altra parte il concetto della *litis contest.* risultante dalla *narratio et responsio* è così chiaro nella L. 14 § 1 C. *de iudiciis* [WIEDING vi scorge tre momenti, quello della *lit. cont.* al principio della *narratio*, quello della fine della *narratio*, ossia della *narratio proposita*, quello della fine della risposta o *contradictio obiecta*, ma allora dice MÜLLER, l. c. p. 178, a che scopo ricordare la *lit. cont.*?] è confermato anche dalla L. 2 C. *iur. iur.* 2 59 (*post narrationem et responsionem*).

Ore lo che molte dispute circa la determinazione del momento in cui avviene la *litis*

se ed in quanto egli ammetta o negli il contenuto di fatto dell'azione ^{a)}; atto che succede per lo scopo di fissare convenientemente

contestatio nel processo romano (e anche nel nostro) derivino da questo che gli effetti della lite sul rapporto giuridico ebbero origine da momenti diversi, secondo i vari periodi del diritto romano, poichè, come giustamente osserva WINDSCHEID, § 126, mentre l'originario punto di vista del diritto romano fu questo che gli effetti del processo incominciano quando per la domanda dell'attore e la contraddittoria risposta del convenuto è ormai certo che vi sarà un'ulteriore trattazione della causa, poi questa regola subì importanti modificazioni. Onde anzi esso propone omai di parlare di effetti del cominciamento della lite (*des Streitbeginns*) anzichè di quelli della *litis contestatio*.

Riguardo al processo odierno taluno, come SINTENIS, crede che la *litis contestatio* romana che era un atto bilaterale sia oggi totalmente scomparsa. WINDSCHEID, § 126 nota 7, dice a ragione che in tal guisa si scambia la forma con la cosa.

I nostri proceduristi tendono a ravvisare la *contestatio litis* romana nel contraddittorio dei moderni codici di procedura; cfr. MANCINI, PISANELLI, SCIALOJA, *Comm. al cod. di proc. civ. sardo* II n. 319. — RICCI, *Comm. al cod. di proc. civ.* I n. 338. — MATTIBOLO, *Dir. giudic.* II p. 307. Il MANFREDINI, *Progr.* I p. 650, insegna che la contestazione della lite va dalla chiusura dell'istruzione fino alle conclusioni di causa colle quali vengono fissati i limiti entro cui il giudice deve preferire il suo giudizio. Cfr. pure dello stesso autore *Il proced. civ. e le riforme* p. 8-10. Ora a me quest'opinione sembra la più vera, perchè [prescindendo dal procedimento sommario in cui il contraddittorio delle parti avviene anzitutto all'udienza e dove si può dire verificarsi la contestazione della lite *post narrationem propositam et contradictionem obiectam*], cioè non accade in quel processo formale, che per noi è la regola. In esso, sebbene in certo senso l'oggetto della domanda sia fissato con il libello introduttivo del giudizio e con le repliche del convenuto, tuttavia considerando che l'attore può correggere, riformare, ampliare la propria domanda ed apportarvi importanti modificazioni nel periodo tra la citazione e l'iscrizione della causa a ruolo, è logico dire che la comparsa conclusoria, unica comparsa possibile dopo quella iscrizione, è l'atto che veramente determina in modo chiaro e preciso il punto della questione che il giudice deve decidere. Onde non è erroneo dire che la lite è contestata quando la causa è iscritta a ruolo [Tale idea è ora opportunamente accolta anche in libri elementari, cfr. GIANTURCO, *Ist. di dir. civ.* § 128]. Tuttavia soltanto con la comparsa conclusoria scambiatasi dalle parti si chiude veramente l'istruzione, è determinato il punto della controversia, nulla di nuovo può esser aggiunto all'udienza: onde, ripeto, mi sembra esatto dire col MANFREDINI che la contestazione della lite avviene con le conclusioni di causa. Cfr. in questo senso la bella decisione della Cassazione di Torino 8 giugno 1881 (*Gazzetta legale* 1881 p. 307). Si potrebbe obiettare che, stando alle tradizioni del diritto giustiniano, il giudice avrebbe *prima dovuto udire* la *narratio* dell'attore e la *responsio* del convenuto, perchè si fosse potuta verificare la *litis contestatio*. Ma ciò non era essenziale all'antico e classico diritto romano dove si nella procedura delle *legis actiones*, come in quella per *formulae*, il punto della controversia era fissato, la lite era contestata prima che le parti andassero innanzi al giudice. Nè si può argomentare dal processo giustiniano al nostro, perchè la funzione che in quello era propria del *libellus conventionis* e *contradictionis*, ove le parti esponevano soltanto sommariamente le loro ragioni, è ben diversa dalla funzione propria delle nostre comparse conclusionali, che chiudono così decisamente l'istruzione del processo.

a) Osserva il WINDSCHEID, § 126 nota 1, che in base ad una ingiustificata inter-

il punto principale della controversia³¹⁾. Si dice impegno nella lite o consolidamento della contesa³²⁾, quantunque più ordinariamente si usa indicare la solenne risposta del convenuto alle circostanze di fatto contenute nel libello col nome di consolidamento della contesa (*Kriegsbefestigung*) o contestazione della lite in senso proprio³³⁾. Nel diritto canonico come nel romano la contestazione della lite è veramente considerata come atto bilaterale che compiono ambedue le parti contendenti. Infatti nel *cap. un. X de litis contestat.* dice espressamente papa GREGORIO IX: *per petitionem in iure propositam et responsionem secutam litis contestatio fit*, e ciò vien ripetuto con le stesse parole nel *cap. 54 X de election.* Ma già nelle recenti costituzioni papali il concetto della contestazione della lite è ristretto semplicemente alla risposta del convenuto all'azione³⁴⁾: ciò indica specialmente anche il nome odierno di impegno nella lite che accade solo per parte del convenuto³⁵⁾.

31) WINCKLER, *cit. Diss.* sect. III § 1. — Nic. Hier. GUNDLING, *Diss. de lite contestata commoda plerumque, incommoda nunquam*, Halae 1750. — Ioh. Christ. QUISTORP, *Von der Einlassung auf die Klage oder der sogenannten Kriegsbefestigung* (nei suoi *Klein. jurist. Schrift.*, Bützow e Vismar 1772, n. 1), e Ern. God. Christ. KLÜGEL, *Diss. de lit. contest. capita quaed. cont.*, Vitembergae 1782.

32) DANZ, *Grundsätze des gemein. ordentl. bürg. Processes* § 172. — HUFELANDS, *Institution. des gesamm. positiven Rechts* § 1209, e Christ. Wilh. WEHRN, *Theor. practischer Grundriss der Lehre von gerichtl. Einwendung. in burgerlich. Streitsachen* § 34 nota 2.

33) SCHILTER, *Praz. iur. Rom. Exercit.* XIII § 33. — SCHAUMBURG, *Princip. praz. iurid. iudic.* L. 1 sect. I membr. 2 cap. 5 § 1. — KLÜGEL, *cit. Diss. de litis contestatione* cap. 1 e 2. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. 3 § 4378.

34) *Cap. 1 e 2 de litis contestat.* in 6.^{to}. — VAN ESPEN, *Ius Eccles. univers.* parte III tit. VII cap. 3 § 17. — *Iust. Henn.* BOEHMER, *Ius Eccles. Protest.* lib. II tit. V § 4 e seg.

35) HOFACKER, c. l. § 4377. — KLÜGEL, *Diss. de litis iudicial. initio* § 5

pretazione del § 37 I. *Reichsabschied* si diffuse nella dottrina tedesca l'idea che fosse contestazione della lite la dichiarazione del convenuto sulla verità o falsità delle circostanze di fatto addotte dall'attore, senza riguardo se in quella si contenesse o non si contenesse una contestazione delle pretese dell'attore. Questa idea ha influito anche sul GLÜCK. L'espressione *Kriegsbefestigung*, come sinonimo di *litis contestatio*, è comune ai pratici tedeschi.

Del resto appare dall'esposto concetto della contestazione della lite, che la semplice difesa di eccezioni perentorie non può esser considerata come impegno nella lite³⁶⁾ a). Imperocchè colui il quale soltanto eccepisce, non ammette la domanda dell'attore nè la nega³⁷⁾, ma adduce semplicemente argomenti a sua difesa con cui cerca di allontanare da sè la pretesa dell'attore³⁸⁾. Quindi ordina papa BONIFACIO VIII che quando le eccezioni addotte a difesa non sieno di tal natura che liberino dall'impegno nella lite, questo debba nuovamente esser preteso dal convenuto³⁹⁾.

p. 15. — QUISTORP, nelle *anges. Abhandl.* p. 9 e seg. — CLAPROTHS, *Einleit. in den ordentl. bürgerl. Process.* § 142. — NETTELBLADTS, *Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelährtheit* § 231 etc.

³⁶⁾ Cap. 2 *De litis contest.* in 6.^{to}. — OELTZE, *Anleitung zur gerichtlichen Praxis* § 115.

³⁷⁾ L. 9 D. *except.* [44 1] cap. 63. *De regulis iur.* in 6.^{to}. — FRANCO ALEF, *Diss. Quando excipiens confiteri censeatur* (in EIUS, *Diebus academ. s. Opusculis*, Heidelbergae 1753. *Dissert.* XXVI pag. 682 sq.) (SCHAUMBURG *Princip. prax. iurid. iudicior.* lib. I sect. I memb. 2 cap. 5 § 2 nota *). MEVIUS, t. II p. VI Decis. 128. Di altra opinione è tuttavia STRUBEN nei pensieri giuridici, parte 4.^a vol. 12.

³⁸⁾ L. 2 D. *de Except.* [44 1].

³⁹⁾ Cap. 2, *De litis contest.* in 6.^{to}. *Si oblato ab aotore libello ex parte rei exceptio peremptoria proponatur; nequaquam per hoc litis contestatio intelligitur esse facta: immo, ea non obstante (nisi sit de illis exceptionibus, quas litis contestationem impediunt), fieri oportebit eandem.* In tal caso deve esser riconosciuto: che il convenuto malgrado la eccezione è obbligato a rispondere convenientemente all'azione e a consolidare giuridicamente la contesa, ma gli rimane impregiudicatamente da svolgere in modo perentorio dopo la contestazione la eccezione già addotta a difesa.

a) Il REINHARDT, *Ergänzung* I 1 p. 321-322, osserva che le *exceptiones facti*, introdotte dai glossatori, non furono proprie dei Romani, i quali intendevano per *exceptio* non l'affermazione che un rapporto obbligatorio era estinto (per esempio l'obbligazione mediante la *solutio*) ma l'affermazione del convenuto che un'obbligazione per lui eccezionalmente non poteva mai essere esistita sin dall'origine o che per lo meno non poteva più presentemente esistere. In certo senso si può parlare anche di *exceptiones in fact.* *conceptas* nel processo romano. Cfr. KELLER, *Proc.* § 35. Ma un'eccezione perentoria non impediva la *litis contest.* in questo senso che poteva essere opposta anche dopo: L. 8 C. *de except.* 8 36. Cfr. per la questione la nota del WAOH in KELLER, *Pr.* § 81 nota 970. Nel nostro diritto giudiziario convien distinguere le eccezioni perentorie contro il diritto, dalle perentorie contro la procedura: le prime non impediscono la contestazione della lite.

§ 500.

Varie divisioni della contestazione della lite.

L'impegno nella lite può esser diviso in vario modo. Esso è cioè:

I. o diretto (*litis contestatio explicita*), o indiretto (*litis contestatio implicita*), secondo che il convenuto dichiara con espresse parole ciò che egli ammette o nega dell'azione, o nell'impegnarsi si regola in modo tale che soltanto mediante conclusioni debba scaturire da quello il suo intendimento. Per esempio, il convenuto si dichiara pronto a voler negare, mediante giuramento, i documenti posti a base dell'azione ⁴⁰⁾;

II. generale (*litis contestatio generalis*), quando il convenuto non risponde precisamente all'azione, ma nega o ammette in generale il contenuto di questa; speciale (*litis contestatio specialis*) quando egli si esprime precisamente sopra ogni singola circostanza di fatto relativa all'azione.

Un generale impegno nella lite è permesso veramente secondo il diritto romano e canonico ⁴¹⁾; tuttavia la nuova legislazione dell'impero l'ha bandito per sempre dal processo ordinario. Il più recente decreto dell'impero dell'anno 1654 § 37 prescrive infatti che il convenuto deve rispondere brevemente e chiaramente all'azione, e anche distintamente e chiaramente deve indicare se ed in quanto il fatto stia in modo diverso da quello in cui l'ha esposto l'attore e come veramente stia, *specificè* e sopra ogni punto con tutte le sue circostanze ⁴²⁾. Dettero occasione a questa legislazione gl'inconvenienti che un generale consolidamento della contesa recava seco. Imperocchè restando indeterminato in tale specie di impegno il vero e principale punto controverso, era inevitabile che spesso l'attore dovesse esser aggravato di prove non necessarie in quanto non volesse ricorrere

⁴⁰⁾ HOFACKER, *Princip. iur. civ. t.* III § 4379.

⁴¹⁾ L. 1 C. *De lit. contest.* cap. un. X *eodem.* cap. 6 X *De iuram. calumn.*

⁴²⁾ *Neue Sammlung der Reichsabschiede* 3 Th. p. 648.

all'infelice mezzo delle posizioni, le quali debbono la loro origine soltanto a questa specie di impegno⁴³). Siccome tuttavia questi inconvenienti derivano soltanto da una generale negativa dell'azione, non può ritenersi contrario alla legge un impegno il quale consiste in una generale ammissione dell'azione o di più punti di essa⁴⁴). L'impegno è inoltre:

III. Solenne (*litis contestatio sollemnis*), o non solenne (*litis contestatio minus sollemnis*)⁴⁵). Intendesi per il primo quello che succede secondo la forma stabilita nelle leggi. A questa forma legale spetta

1. che la risposta del convenuto avvenga per iscritto⁴⁶);
2. che sia concepita chiaramente e direttamente, nè sia d'uopo dedurla dalle parole solo mediante conclusioni;
3. che essa debba rivolgersi a tutte le circostanze di fatto relative all'azione promossa⁴⁷);

Se questa forma non è stata osservata, allora l'impegno dell'azione è detto non solenne o semplicemente sommario, della quale specie è l'impegno indiretto (*litis contestatio implicita*) e il generale. Un tale non solenne impegno viene ammesso nel processo sommario⁴⁸); nel processo ordinario invece è tanto necessariamente richiesto un solenne impegno che il giudice può imporlo d'ufficio al convenuto⁴⁹).

⁴³) Si vegga qui principalmente *Io. Phil. HAHN, Diss. de necessitate et utilitate litis contestationis specialis, eiusque praerogativa prae generali ad R. I. n. § 37, Moguntiae 1747* (in PÜTTERI, *Opuscul. n. XIII*) e *SCHAUMBURG, Princip. prax. iudic. lib. I sect. I. Membr. II cap. 5 § 3 et 4.*

⁴⁴) *OELTZE, Anleitung sur gerichtl. Praxis § 117.* — *CLAPROTHS, Einleit. in den ordentl. bürgerlich. Process. 2 Th. § 142 p. 135* e *DANZ, Grundsätze des allgemein. ordentl. bürgerl. Processes § 179.*

⁴⁵) Alcuni giureconsulti rigettano questa divisione della contestazione della lite e sostengono che ogni contestazione di lite sia una solenne risposta del convenuto all'azione. V. *KLÜGEL, de litis contestatione cap. 2.* Dipende tuttavia dal concetto che si annette alla contestazione di lite. Se si prende questa espressione come *risposta alla lite e impegno in questa* si può pienamente difendere tale divisione. V. *NETTELBLADTS, Versuch einer Anleitung sur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit § 232.* — *DANZ, Grunds. § 176.*

⁴⁶) *Decr. imper. dell'anno 1570 § 89* — *iudi contestare in scriptis litem eventualiter, ovvero siccome niuna eccezione di tal genere prima* (è permessa) *contestare litem pure* V. *HOFACKER, Princip. iur. civ. t. III § 4378 n. II.*

⁴⁷) *Rec. decr. imp. dell'anno 1654 § 37.* — *DANZ, § 176.*

⁴⁸) *Olem. 2 De verb. signif. cfr. con cap. 2 X De offic. iud.*

⁴⁹) *QUISTORPS, anges. Abhandl. I 17 folg.*

IV. La contestazione della lite può esser vera (*litis contestatio vera*), o fittizia (*litis contestatio ficta*), in quanto essa è realmente avvenuta per parte del convenuto, o vien supposta avvenuta in pena della disobbedienza di lui ^a). Questa suppone la trascuranza di una perentoria citazione, mediante la quale era stato minacciato tal pregiudizio al convenuto e secondo la pratica comune l'azione vien supposta negata ⁵⁰).

§ 501.

Continuazione di queste divisioni.

L'impegno della lite accade inoltre:

V. pel caso soltanto che le eccezioni dilatorie e impedienti il processo, addotte dal convenuto a proprio difesa, vengano distrutte in via giuridica, ovvero senza che sia apposta questa condizione. Nel primo caso è detto condizionato (*litis contestatio eventualis*), nel secondo incondizionato (*litis contestatio pura*). Raramente accade che il convenuto ammetta incondizionatamente l'azione. D'ordinario egli adduce a difesa alcune eccezioni dilatorie. Se pertanto queste non possono esser tosto dimostrate, ma si basano sopra una ulteriore disamina, il convenuto è obbligato dal disposto delle leggi ad impegnarsi almeno *eventualiter* nell'azione, affinchè, per abbreviare il processo, si possa conoscere di ambedue le cose, cioè del fondamento delle eccezioni addotte a difesa e dell'impegno ivi basato ⁵¹). Se il convenuto

⁵⁰) I. H. BOHMER, *Ius ecclesiast. Protestant.* lib. II tit. VI § 2 e QUISTORPS *anges. Abhandl.*

⁵¹) *Decr. imper.* dell'anno 1594 § 6 e *Rec. decr. imp.* dell'anno 1654 § 37, 40 *Ordin. del trib. camer. dell'imp.* p. 3 tit. 15 § 7 e 8. — SCHAUMBURG, *Princip. praxis. iur. iurid.* lib. I sect. 2 membr. 2 § 6 e QUISTORPS, *anges. Abhandl.* p. 26.

^a) Poco importano a noi queste divisioni della *litis contestatio*. Tuttavia riguardo alla *litis cont. ficta* diremo che essa ebbe grande importanza nell'antica pratica. Per diritto romano non era possibile conciliare la contestazione della lite [sempre richiesta per dir regolare il giudizio] con la contumacia e allora sorse la *litis cont. ficta* dopo tre inutili chiamate della parte. Anche queste tre chiamate derivavano dal processo romano. Cfr. RUDORFF, *Gesch.* II p. 312 e nota 16.

ha trascurato ciò, si prende cognizione della ammissibilità delle eccezioni, ma viene in pari tempo imposto al convenuto l'impegno nella lite e il pagamento delle spese se egli non ha a suo favore argomenti di molta probabilità ⁵²). Finalmente

VI. l'impegno viene pure diviso in affermativo, negativo e misto, secondo che il convenuto ammette come veri tutti i punti dell'azione o li nega tutti o ne ammette alcuni, altri invece ne nega. L'impegno affermativo accade semplicemente (*litis contestatio affirmativa simplex*) o con allegazione a difesa di eccezioni perentorie (*litis contestatio affirmativa qualificata*). In quel caso non si può più far parola di una lite e non resta altro che la condanna del convenuto ⁵³). Quindi molti giureconsulti ⁵⁴) non considerano l'impegno semplicemente affermativo come un consolidamento della contesa perchè questa non può aver luogo senza una contraddizione. Questa opinione è intieramente esatta anche secondo il concetto romano della contestazione della lite ⁵⁵). Tuttavia, secondo l'odierno diritto, si può concepire anche un impegno semplicemente affermativo, come già il WINCKLER ⁵⁶) ha osservato. Se, al contrario, un siffatto impegno è collegato con l'allegazione a difesa di eccezioni perentorie, spetta al convenuto la prova di esse. Nessuna meraviglia perciò che il convenuto sia sempre più propenso ad impegnarsi nella lite negando, imperocchè essendo in tal caso la prova addossata all'attore, spera il convenuto

Si deve tuttavia eccettuare il caso che l'allegata eccezione sia una *exceptio fori declinatoria* e di tale importanza che lasci molto dubbiosa l'ammissibilità del giudice nella causa di cui trattasi. In questo caso il convenuto secondo il citato § 30 del *Rec. decr. imp.* non è obbligato a impegnarsi nella causa principale prima della disamina di questo punto. V. SCHMIDT, *hinterlassene Abhandl. verschied. practisch. Rechtsmaterien* 2 vol. n. LXXXII § 1 e 2. Ciò vale pure per la *exceptio spoli*. Vedi SCHAUMBURG, l. c. § 7.

⁵²) STRYK, Diss. *De litis contestatione eventuali*, Halae 1704 § 15.

⁵³) L. 6 pr. e § 6 D. *de confess.* [42 2]. L. 21 D. h. t.

⁵⁴) VOET, h. t. § 146. Arn. VINNIUS, *Select. iur. quaestiones* lib. I cap. 17. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect.* h. t. § 21. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.* lib. I sect. I membr. II cap. 5 § 5 nota *. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* t. III § 4380 nota a. — QUISTORPS, *Abhandl.* p. 22.

⁵⁵) WINCKLER, Diss. *De disorim. litis contestationis vet. et. hod.* sect. I § 6 p. 20.

⁵⁶) Diss. cit. sect. III § I p. 54

di trarre un doppio vantaggio dalla sua negativa, che cioè o la mancanza di prova per parte dell'attore debba produrre per lui un proscioglimento dall'azione, o almeno la difficoltà della prova una vantaggiosa composizione. Quindi la cautela di avvocati bramosi di processi: *Si fecisti, nega*. Tuttavia il convenuto deve ben guardarsi affinchè non veggasi deluso nella sua speranza; per lo meno gli resta sempre a carico il rifacimento delle spese processuali da lui cagionate. In singoli casi hanno pure le leggi stabilito speciali pene per la temeraria negativa⁵⁷⁾. Queste sono:

1. Pena del rifacimento del doppio. Ha luogo quando il convenuto contro la sua propria scienza e convinzione nega:

a) un legato fatto a favore di una chiesa o di altra pia fondazione⁵⁸⁾; ovvero

b) nell'azione della legge Aquilia il fatto ingiusto commesso (*damnum iniuria datum*)⁵⁹⁾; ovvero

c) una cosa depositata che gli era stata affidata nella occasione di un infortunio (*depositum miserabile*)⁶⁰⁾; ovvero

d) in una azione di debito il proprio scritto o l'avvenuto pagamento del mutuo⁶¹⁾.

2. Perdita del possesso; cioè

a) quando il convenuto in caso di un'azione reale contro di

⁵⁷⁾ *Io. Chr. FALCKNER, Disp. de inficiatione eiusque poena in civilibus*, Ien. 1677. — *Io. Ge. FICHTNER, Exercit. de mendaciorum poenis*, Altd. 1721. — *Gust. Henr. MYLLI, Diss. de poena inficiationis*. Lipsiae 1725. — *Io. Frid. WERNHER, Diss. I et II De poenis inficiationum*, Vitteemb. 1725 et 1726 e *Io. Christ. KNOETSCHKER, Commentat. de poenis inficiationis temere litigantium in causis civilibus, iure Sax. Elect. statutis*, Lipsiae 1790.

⁵⁸⁾ § 26 I *de action.* [4 6]. § ult. I *de obligat, quae quasi ex contr. nasc.* [3 28]. § 1 I. *de poena temere litig.* [4 16].

⁵⁹⁾ L. 2 § 1 D. *ad Leg. Aquil.* [9 2]. L. 23 § 10 D. *eod.* L. 4 C. *eodem* [3 35]. Nov. XVIII [Zach. 42] cap. 8 princ.

⁶⁰⁾ L. 1 § 1 et 4 D. *depositi* [16 3]. § 17 23 et 26 I *de actionib.*

⁶¹⁾ Nov. XVIII cap. 8 e *Auth. Contra qui Cod. de non num. pec.* [4 30]. Secondo queste leggi il debitore che apertamente ha negato il ricevimento del mutuo si priva pure dell'eccezione che il debito è pagato. La pena del doppio deve pure colpire il creditore quando nega la sua quietanza e della esattezza di questa il debitore dà prova.

lui promossa nega maliziosamente di possedere la cosa che è oggetto della pretesa dell'attore ⁶²⁾;

b) quando alcuno vien citato come possessore di una cosa altrui, per esempio, come possessore di un pegno e contro la propria convinzione pone in dubbio che la cosa spetti al terzo. In ambedue i casi l'attore può pretendere la cessione del possesso, quando egli non ha ancora dimostrato il suo diritto sulla cosa ⁶³⁾.

3. Perdita di un beneficio già spettante, nei seguenti casi:

a) chi nega un'assunta fideiussione perde i benefici spettanti ai fideiussori ⁶⁴⁾;

b) chi contro migliore scienza nega di far parte di una società coll'attore perde il beneficio della competenza ⁶⁵⁾;

c) chi nell'*actio de pauperie* nega che a lui appartenga l'animale nocivo perde il diritto di darlo all'attore in luogo del pagamento e deve assolutamente far l'indennizzo in danaro ⁶⁶⁾. Finalmente

4. l'onere della prova, cioè quando il convenuto nella *condictio indebiti* nega il pagamento a lui fatto. Qui egli deve provare che l'attore ha pagato *debite* ⁶⁷⁾.

Di qui si può giudicare se ed in quanto sia vero ciò che l'autore dice: dipendere semplicemente dall'arbitrio del convenuto se egli voglia impegnarsi affermando o negando. L'odierna applicabilità di quelle pene non può a buon diritto esser posta in dubbio poichè oggigiorno pure ha luogo il motivo che di esse GIUSTINIANO adduce ⁶⁸⁾: *non quod duris legibus delectemur, sed ut lites sic minuamus,*

⁶²⁾ L. fin. D. *de rei vindicat.* [6 1]. — Gasp. Henr. HORN, *Diss. de poena inficientis possessionem ad L. fin. D. De Rei vind.*, Vitemb. 1701. — L. B. a WERNHER, *Observat for.* tom. I p. I Obs. 150.

⁶³⁾ Nov. XVIII cap. 10 *Auth. Idem possessor Cod. qui potior. in pign.* [8 18].

⁶⁴⁾ L. 10 § 1 D. *de fideiuss.* [46 1]. La legge veramente parla soltanto del beneficio della divisione, ma i giureconsulti la estendono al *beneficium ordinis*. — VOET, in *Comm. ad Pand. Tit. de fideiuss.* § 18. — CARPZOV, *Iurisp. for.* p. II c. 18 Def. 6 n. 1. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. r.* III § 2036. — WEHRN, *theor. pract. Grundriss der Lehre von gerichtl. Einwendungen* § 60 lit. f. Di altra opinione è tuttavia FALCKNER, *Disp. de inficiatione* § 42.

⁶⁵⁾ L. 67 § fin. D. *pro socio* [17 2]. L. 22 § 1 D. *de re iudicata* [42 1].

⁶⁶⁾ L. 1 § 15 D. *si quadrupes pauperiem fecisse dic.* [9 1].

⁶⁷⁾ L. 25 pr. D. *De probat.*

⁶⁸⁾ Nov. XVIII cap. 8.

quo metus poenae citius illi dicant, quae confiteri oportet. Parecchi ordinamenti processuali le hanno quindi espressamente confermate ⁶⁹⁾ e la maggior parte dei giuristi pratici ⁷⁰⁾ disputa sul loro uso odierno; sebbene il nostro autore ed alcuni altri giureconsulti ⁷¹⁾ siano di altra opinione riguardo alla pena del rifacimento del doppio.

Tuttavia le nominate pene si ritengono applicabili oggigiorno soltanto

1. quando il convenuto stesso ha negato, non già il suo procuratore senza incarico o approvazione ⁷²⁾;
2. quando la negativa è realmente stata fatta, non quando l'azione vien supposta negata per disobbedienza del convenuto ⁷³⁾;
3. quando il convenuto a bello studio e contro migliore scienza e certezza, non per semplice errore ha negato ⁷⁴⁾;

⁶⁹⁾ Per esempio, l'*Ordin. process. della Sassonia elett. tit. XVI § 3.* Nella *Ordin. giudic. gener. per gli Stati prussiani p. 1 tit. 23 § 52* sono tuttavia eccettuati alcuni casi in cui la temeraria negativa porta seco la perdita della eccezione o del diritto ed ordina pene fiscali da 10, 20 sino a 100 talleri imperiali.

⁷⁰⁾ SCHAUMBURG, *Princip. prax iurid. iudiciar.* lib. 1 sect. I Membr. 2 cap. 5 § 5 nota ****. — NETTELBLADT, *Versuch einer Anleitung zur gansen pract. Rechtsgelehrtheit* § 236 e § 707. — OELTZE, *Anleitung zum gerichtl. Process* § 120 e seg. — DANZ, *Grundsätze des gemein. ordentl. bürgerl. Processes* § 181. — WEHRN, *Grundriss der Lehre von gerichtlichen Einwendungen* § 61. — *Ern. Frid. PFOTENHAUER, Doctrina processus cum Germ. tum praesertim Saxon. Elect.* § 264. — MYLIUS, cit. *Diss. de poena inficiat* § 16. — *Phil. GAENG, Anleitung zum gemeinen ordentl. bürgerl. Process.* Abt. 1 Hptst. 1 § 193 nota e QUISTORP, *Anges. Abhandl.* p. 40 etc.

⁷¹⁾ CLAPROTHS, *Einleit. in den ordentl. bürgerl. Process* 2 Th. § 142 nota g p. 140 e HÖFFNER, *Comment. über die Heineccischen Institutionen* § 1226. Ma si veggia STRYK, *Us. mod. Pandect.* lib. XLV tit. VII § 3-8. *L. B. a WERNHER, select. Observ. for.* tom. II p. VI observ. 367. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand.* lib. XVI tit. 3 § 29.

⁷²⁾ L. 16 § 1 C. *de fide instrum.* [4 21] Nov. XVIII cap. 9. — LEYSER, *spec. CXX cor. 3.* — DANZ, *O. c.* § 181 nota c.

⁷³⁾ NETTELBLADT, o. cit. § 708. Secondo il rigore del diritto la disobbedienza del convenuto dovrebbe aver per conseguenza egual pena. L. 11 § 4 e 7 D. *de interrog. in iure fac.* [11 1]. V. WEHRN, *Anges. Grundriss* § 61 nota 2 p. 110.

⁷⁴⁾ LEYSER, *Specimen.* LXXXII med. 8 e *spec. CXX cor. 3.* — CLAPROTHS, op. cit. § 142 nota g in fine. Ma secondo il rigore delle leggi una madornale negligenza deve esser equiparata al dolo L. 11 § 11 D. *de interrog. in iure fac.* come anche NETTELBLADT, l. cit., sostiene.

4. quando il convenuto persevera nella sua negativa sino alla sentenza e di ciò che ha negato è stato giudicialmente convinto ⁷⁵⁾. Egli deve nullameno esser convinto in un modo diverso da quello del giuramento dell'attore di aver negato appositamente. Imperocchè se il convenuto ha deferito il giuramento all'attore e questi ha giurato, vien meno la pena essendo l'attore mediante il giuramento stato liberato dal peso di ulteriori prove ⁷⁶⁾;

5. si deve pur richiedere che l'attore, quando la negativa gli è riuscita dannosa, abbia domandato la punizione di questa ⁷⁷⁾. Ma ciò non è prescritto dalle leggi, le quali pongono piuttosto come eventuale dovere del giudice la condanna del negante nella pena legale ^{78) a)}.

⁷⁵⁾ CLAPROTHS, l. c. — WEHRN, l. c. e NETTELBLADT, l. c. Se il convenuto si rimette prima che sia stato convinto vien meno la pena, ma deve tuttavia pagare le spese cagionate. Nov. XVIII cap. 8.

⁷⁶⁾ In quelle azioni nelle quali la negativa del convenuto produce la pena del rifacimento del doppio ciò è detto per lo meno con tutta precisione dalla L. 20 pr. D. de iureiur. [12 2]. *Etum qui iuravit ex ea actione quas inficiendo crescit aliquid sibi deberi, simpli non dupli persecutionem sibi acquirere, PEDIUS ait: abunde enim sufficere, exonerare pettorem probandi necessitate; cum ommissa hac parte Edicti, dupli actio integra maneat; et potest dici hoc iudicio non principalem causam exerceri sed iusiurandum actoris conservari.* Molti tra i giureconsulti così antichi come moderni vogliono intendere questi passi nel senso che l'actio dupli malgrado il giuramento prestato abbia pur luogo quando l'attore ommissa actione ex iusiurando voglia ancora assumere l'onere della prova. Così WERNHER, *Observat for.* tom. I parte IV observ. 151 n. 224 p. 880, e POTHIER, *Pand. Iustinian.* tom. I lib. XII tit. 2 n. XXXVII nota a e b p. 358. Ma si vegga contro Ant. FABER, *Rational.* ad L. 30 pr. D. de iureiur. [12 2]. — Io. SUAREZ de MENDOZA, *Comment. ad legem Aquiliam* lib. III cap. 5 n. 22-24 (in *Ger. MEERMANI, nov. Thesaur. iur. civ. et canon.* tom. II p. 158). — Guil. BARCLAIUS, *Comment. ad tit. Pandect. de iusiurando* ad L. 9 § 2 h. t. (in *Ev. OTTONIS, Thes. iur. Rom.* tom. III p. 933), e VOET, *Comment. ad Pand.* lib. IX tit. 2 § 6 in fin e lib. XII tit. 2 § 18.

⁷⁷⁾ Vedi NETTELBLADT, l. c.

⁷⁸⁾ La Nov. XVIII cap. 8 dice: *In talibus itaque omnibus modis condemnationem hoc fieri volumus modo: etsi praeter haec egerit, iudicem scire, quia transcendens legem ipse tenebitur his poenis.* Vedi VEHRN, in *anges. Grundriss* § 61 v. 108.

a) Per le poenas temere litigantium vedi GAIUS IV 171 182; KELLER, *Pr.* § 58. Anche nel nostro diritto giudiziario vi sono pene pecuniarie per la temeraria negativa.

§ 502.

Principii generali della contestazione della lite e della sua forma ^a).

L'impegno nella lite pertanto

1. è necessario in ogni processo, poichè mediante esso è precisato il vero punto della lite (*status controversiae*). Esso è richiesto perciò non solo nel processo ordinario, ma anche nel sommario ⁷⁹⁾.

2. Deve esser fatto senza inclusione di eccezioni. Le dilatorie debbono precedere la contestazione della lite, le perentorie invece esser aggiunte ad essa.

3. Esso dirigesì soltanto alle rilevanti circostanze di fatto relative all'azione. Semplici massime di diritto non sono oggetto di esso purchè non vi appaiano circostanze di fatto; come, ad esempio, se l'attore si basa su privilegi o diritti consuetudinarii che non sono notorii.

⁷⁹⁾ Quando in *Olem. 2 de Verbor. signific.* dicesi: *in causis summaris iudex litis contestationem non postulat* ciò deve intendersi di una contestazione solenne che vien richiesta nel processo ordinario. Vedi WINCKLER, *cit. Diss. sect. III § 1 in fin.*, e HOFACKER, *Princip. iur. civ. tom. III § 4382*.

L'art. 295 *cod. di proc. civ.* stabilisce che quando si sia provato che la scrittura è stata scritta e firmata da colui che l'ha negata, questi è condannato ad una multa da lire centocinquanta a cinquecento, nelle spese e al risarcimento dei danni.

a) Siccome nell'odierno processo la contestazione di lite risulta da varii atti [ciò sotto un certo aspetto può dirsi anche del processo romano] comprendendo, come ben dice la Cassazione di Firenze, Dec. 20 novembre 1873 (*Ann. giur. VII 1 477*), non solo la domanda dell'attore e le eccezioni del convenuto, ma anche la replica che l'attore eventualmente faccia per distruggere l'eccezione del convenuto, così tutti questi atti debbono essere compiuti con le forme procedurali prescritte dalla legge. Ogni domanda è proposta con atto di citazione, salvo che la legge stabilisca un'altra forma o le parti compariscano volontariamente, osservate del resto le forme proprie di ciascun procedimento (*cod. di proc. civ. art. 37 seg.*). La notificazione degli atti alla parte contraria si fa nei modi stabiliti per la citazione (*cod. proc. civ. art. 135 seg.*). Speciali disposizioni procedurali riguardano le *comparse* dei litiganti, le quali nel processo formale hanno termine con la *comparsa conclusionale*, che riassume il fatto della causa e le conclusioni e i motivi di queste, togliendo l'adito alla produzione di nuovi documenti, di nuove istanze o di nuove eccezioni (*cod. proc. civ. art. 162-176*). La legge dà norme così anche per la forma della comparsa conclusionale; dentro i limiti posti dalla legge questa forma dipende tuttavia dalla pratica. La *comparsa conclusionale* è importante anche nel procedimento sommario (*cod. proc. civ. art. 390*).

4. Ciò, cui esso dirigesì, deve esser smembrato in singoli punti ciascuno dei quali contenga una circostanza di fatto ed un giusto significato logico ⁸⁰).

La chiarezza necessita che questi singoli punti sieno distinti con numeri.

5. La dichiarazione sopra ognuno dei singoli punti deve esser fatta in modo che chiaramente appaia ciò che l'attore ammette, ciò che nega. Il convenuto deve perciò guardarsi dalle espressioni ambigue e indeterminate. Soltanto quando è parola di atti altrui od avvenuti da lungo tempo egli può rispondere di non sapere o di credere.

6. L'impegno deve avvenire senza aggiunta, cioè il convenuto deve esprimersi solamente su ciò che egli ammette o nega del contenuto di fatto dell'azione senza aggiungere se ed in quanto stia in modo diverso ciò che l'attore ha prodotto. Poichè se l'attore ha esposto il fatto inesattamente o incompletamente, può il convento aggiungere poi la *exceptio rei non sic sed aliter gestae* e raccontare così il vero andamento della cosa ⁸¹).

§ 503.

Effetti della contestazione della lite ^a).

Per quanto finalmente riguarda gli effetti della contestazione della lite, questi hanno in diritto romano la loro origine in ciò che essa vien considerata come un contratto mediante cui, del pari che con una

⁸⁰) Pertanto è un impegno difettoso quando la risposta accade soltanto riguardo a singole parole dell'azione come KLÜGEL, in *Diss. de litis contest. capita quaed. contin.*, Vitemb. 1782 cap. 3 dimostra.

⁸¹) SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid.* lib. I sect. 1 membr. 2 cap. 5 § 6, e *Ern. God. Christ.* KLÜGEL, *Diss. de lite sine appendice contestanda*, Vitemb. 1782.

a) Per amor di brevità rimando per la bibliografia al § 499. Questo argomento degli effetti della contestazione di lite suscita vivissime controversie.

Dobbiamo anzitutto occuparci della così detta dottrina della *consumatione dell'azione per effetto della litis contest.* Tal dottrina a tempo del GLÜCK non erasi ancora for-

stipulazione, non solo vien creata una nuova obbligazione, ma anche trasformata sotto taluni aspetti la natura dell'azione promossa⁵²).

⁵²) WINCKLER, cit. *Diss. de discrimine inter litem contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus* sect. II. — MALBLANC, *Doctr. de iurjurando* lib. III § 39.

mata: essa deve anzitutto la sua origine al KELLER, *Ueber Litemcontest.* p. 82, il quale indiò col nome di *consunzione processuale* la distruzione materiale del diritto fatto valere in giudizio, prodotta dalla *litis contest.*, effetto giuridico che si sarebbe espresso dai Romani con la regola *bis de eadem re ne sit actio* [cfr. in questo argomento in specie la completa critica della dottrina in ARNDTS-SERAFINI, I 1 § 113 e 116 e note]. Perciò mentre la *litis contest.* distruggeva, secondo il KELLER, il diritto di agire nuovamente (*Klagerecht*) sostituiva al precedente un diritto nuovo. Il rapporto giuridico controverso, dice il PUCHTA, *Instit.* § 172, si decompone in una pretesa alla condanna per parte dell'attore, all'assoluzione per parte del convenuto. Il KELLER designò col nome di *funzioni* questi effetti della *litis contest.*, dicendo funzione *negativa* la distruzione del diritto di agire di nuovo, *positiva* la sostituzione di un nuovo diritto. Questa duplice funzione sarebbe pure da ravvisarsi nella *exceptio rei iudicatae*, che è l'organo della *litis cont.* L'opera del KELLER (1827), la quale si basava sulla interpretazione di GAIO, nuovamente ritrovato, era destinata ad esercitare una grande influenza sulla posteriore letteratura. Infatti per quanto la dottrina del KELLER fosse disputata in vari punti secondarii e principalmente per ciò che riguarda le funzioni della *exceptio rei iudicatae*, tuttavia essa divenne una *communis opinio* e, come di argomento incontestato, parlarono della consunzione processuale dell'azione per effetto della *litis contest.* gli stessi libri elementari di diritto romano. Questo effetto consuntivo della *litis contestatio* sarebbe durato sino al diritto giustiniano in cui pure molti con BEKKER, *Proc. Consumt.* p. 12, l'ammettono, altri con SAVIGNY, *System.* VI § 258, lo negano. Infine taluni (cfr. ARNDTS-SERAFINI, II § 271 nota 3) ve ne scorgono qualche traccia, o dicono quell'effetto venuto a mancare per indebolimento. Così WINDSCHEID, *Dis Actio* p. 66.

La *communis opinio* fu vivacemente attaccata dal COGLIOLO, *Trat. teor. prat. della eccezione di cosa giud.* (1883), il quale volendo parlare della funzione della *exceptio rei iudicatae* e delle condizioni in cui essa è ammessa, prende naturalmente per punto di partenza la dottrina del KELLER e dei suoi aderenti [cfr. anche di lui il cit. art. dell'*Enc. giurid. ital.*]. Riferendo qui l'opinione del COGLIOLO, ci limiteremo a quei punti principali del suo libro, che riguardano la *litis contest.* La regola *bis de eadem re ne sit actio*, derivante forse da una legge precedente alle XII tavole, sarebbe stata riferita dalla *interpretatio* dai giureconsulti alla *litis contest.* nel senso che un diritto, in cui questa fosse caduta, non si sarebbe potuto far valere di nuovo. La consunzione sarebbe stata *formale*: avrebbe cioè impedito la riproduzione dell'azione. Questa riproduzione sarebbe stata impedita *ipso iure* se il pretore denegava la nuova azione, *per exceptionem* se a quell'effetto avesse condotto la sentenza del giudice. Moltiplicatisi e differenziatisi i rapporti giuridici, essendo sempre difficile pel pretore verificare se due domande erano identiche, esso avrebbe incaricato anche di questa disamina il giudice, tuttavia con una *sponsio praedicialis*, la quale nella procedura *per formulas* sarebbe stata sostituita dalla *exceptio rei in iudicium deductae* inserita nella formola. Il punto che a noi veramente interessa in questa nota è quello che riguarda la durata dell'effetto consuntivo della *litis contest.* nel diritto processuale romano. Il COGLIOLO ammette quest'effetto durante la procedura delle *legis actiones* e durante quella per

Mediante la contestazione della lite, che, come già fu osservato, era presso i Romani un atto bilaterale, si obbligavano invero le parti non solo a continuare e finire la lite così come era stata cominciata,

formulas sino alla *lex Iulia iudiciaria*, per cagione della quale la consunzione non sarebbe più derivata dalla *litis contest.* ma dalla sentenza. Perciò da questo tempo in poi non si dovrebbe più parlare di consunzione *processuale*, ma di consunzione *giudiziale*, dice il COGLIOLO, dell'azione.

Il punto saliente della dottrina del COGLIOLO è da ritrovarsi nel momento in cui comincia la procedura formulare. La regola antica *bis de eadem re ne sit actio* cominciava ad esser poco rispondente alla pratica: i giudizi non erano più così semplici come per lo passato, nè la sentenza seguiva ormai più tosto la *litis contest.* Il procedimento si fermava sovente dopo questa; non era lecito ritentare l'azione nè si voleva o poteva continuare il precedente giudizio. Ma ecco che la *lex Iulia iudiciaria* dispone doversi terminare le liti entro diciotto mesi sotto pena della nullità del procedimento (GAIUS, IV 104). Ora il COGLIOLO fa questo sillogismo: l'esistenza di un processo in corso impedisce il ritentamento dell'azione; ma dopo diciotto mesi il processo *moritur*, dunque dopo diciotto mesi l'azione potrà ritentarsi, ossia la *litis contest.* consuma l'azione solo nei diciotto mesi nei quali dura il processo di cui essa fa parte.

Un'altra prova deduce il COGLIOLO dalla coesistenza della così detta eccezione di litispendenza con la prescrizione del processo: se dentro tre anni nei quali durava la validità del processo (L. 11 § 1 O. *de iudic.* 3 1) uno ritentava l'azione, veniva respinto con una *exceptio litis pendentis*; dopo l'azione poteva sperimentarsi di nuovo (salva la prescrizione di quarant'anni) « appunto perchè era morta la *lis* e non l'*ius* ».

Quanto ai paesi delle fonti, ove si dice, ad esempio, *petitione unius tota solvetur obligatio* (L. 2 D. *de duob. reis* 45 2) *unum iudicium potentem totam rem in litem deducere* (L. 31 § D. *de novat.* 46 2) e simili sono evitati dall'A. Sostenendo che la parola *petitio* non ha un significato proprio, ma si riferisce a tutto il processo, o si tratta di altre teoriche come quella della obbligazione correa a cui esclusivamente dovrebbero riferirsi quei fr.

Relativamente al passo capitale di GAIUS III 180-81, ove è detto chiaramente che la *litis contest.* toglie l'obbligazione, il giureconsulto esporrebbe l'antico diritto, non il vigente.

Sul libro del COGLIOLO cfr. SCIALOJA, *Riv. crit. delle scienze giur. e soc.* II p. 257 seg., e di nuovo COGLIOLO XXXIII p. 399-415. — FADDA, *Arch. giur.* XXXIV p. 327-58. — SCHNEIDER, *Krit. Vjschrift f. Gesetzg. und Rechtsw.* N. F. IX p. 22-37.

Rimandiamo lo studioso all'esame del libro stesso del COGLIOLO che non può non fare grande impressione anche su chi, come noi, continua a schierarsi in favore della *communis opinio*, almeno sino al Diritto giustiniano (cfr. nello stesso senso SAVIGNY, *System* VI § 258). Accennerò talune ragioni che militano ancora in favore della dottrina della consunzione dell'azione mediante la *litis contest.* La citata recensione del FADDA le riassume egregiamente.

La *lex Iulia iudiciaria* fece per gli *iudicia legitima* quello che derivava dalla assenza stessa di altri giudizi (*iud. imperio continentia*). Logicamente quindi bisognerebbe dire che in questi secondi giudizi non ebbe mai luogo la consunzione dell'azione in virtù della *litis contest.*: ma tal distinzione delle due classi di giudizi riguardo all'effetto che studiano non è fatta nè può farsi. Non si può affermare con certezza, come fa il COGLIOLO che la ragione delle impossibilità di riproporre l'azione

ma anche a voler essere soddisfatte della cognizione del giudice. A ciò approda indubbiamente **ULPIANO**⁸³⁾ quando dice: *sicut stipulatione contrahitur, ita iudicio contrahi*. È ben vero che questo passo è variamente spiegato dai moderni giureconsulti, nè tutti sono d'accordo che la contestazione della lite sia stata ravvisata come un contratto⁸⁴⁾. Tuttavia si consideri che generalmente i giureconsulti romani erano abituati a modellare in tal guisa la forma dei negozi giuridici, che questi in quanto era possibile potessero esser basati su contratti, i quali certamente spesso erano adoperati come finzione. Si conosce inoltre l'alto concetto che il cittadino romano aveva della propria libertà, di guisa che a lui sembrava insopportabile che lo si condannasse a qualche cosa a cui egli liberamente non si fosse obbligato⁸⁵⁾. Sembra così, già considerando la cosa da questo aspetto, che non sia una strana idea se alla contestazione della lite, la quale in genere ha molta somiglianza con la stipulazione, si ascriveva la

⁸³⁾ L. 3 § 11 D. *de peculio* [15 1].

⁸⁴⁾ *Io. Ort.* WESTENBERG, *De causis obligationum*. Diss. II cap. III § 27 e Diss. VI cap. V § 11. — WALCH, *Introduct. in contr. iuris civ. sect. III* cap. 6 § 2, e WEBER, *Von den natürlichen Verbindlichkeit* § 27 p. 82.

⁸⁵⁾ CICERO, *Pro Balbo* cap. 13, *et pro domo* cap. 3. — WEBER, *Systemat. Entwicklung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit* § 8 e. 9.

fosse nella pendenza di un giudizio sullo stesso oggetto. Anche più importante si è che la *mors litis*, coerentemente al linguaggio delle fonti, non sembra riferibile a tutto il procedimento: la *mors litis* non tocca verosimilmente che l'*iudicium*. Riguardo poi alle fonti non si può ammettere che ripetutamente usino un linguaggio improprio e non tecnico in guisa da adoperare la parola *petitio* non per contestazione della lite, sìvero per indicare tutto il processo (cfr. sui passi relativi alle obbligazioni correali egregiamente in favore della *communis opinio*. — LANDUCCI, *Le oblig. in solido* I § 20). E per quanto l'esattezza di **GAIO** sia stata recentemente posta in dubbio, non si può facilmente convenire col **COGLIOLO** che esso esponga in un libro elementare e pratico un diritto antiquato; molto più che l'insegnamento di **GAIO** è consono a tutte le altre fonti.

Invece io pure sottoscrivo al **COGLIOLO** in quanto si tratti del Diritto giustiniano: così la *lex properandum* non è di ostacolo alla nostra dottrina.

Oggi non è più il caso di parlare dell'effetto estintivo della *litis contest.* cui allude **GAIO**. Cfr. già **POTHIER**, *Tr. des oblig.* n. 584 (a proposito della *neratio ex l. c.* cui l'argomento, come vedremo, è collegato). L'ordinanza processuale francese del 1667 aveva un titolo speciale (il XIV) sulla *contestation en cause*, ma il codice di procedura francese non lo riprodusse. Manca tale titolo anche nel nostro; tuttavia sarebbe errore credere che la contestazione della lite oggi non abbia alcun effetto sul rapporto giuridico controverso. Di ciò nelle note seguenti.

obbligatorietà di un contratto. Nè si può in altro modo opportunamente spiegare, come ULPIANO dica, che in quei casi nei quali diversamente non ha luogo l'*actio de peculio* contro il padre, per esempio quando il figlio ha commesso un delitto o un quasi delitto ⁸⁶⁾, il padre possa esser chiamato in giudizio coll'*actio iudicati de peculio*, come se quest'azione abbia la sua origine in tale obbligazione che è simile ad un contratto. Infatti, che in ogni contratto o quasi contratto del figlio fosse fondata l'*actio de peculio* contro il padre, è noto. Queste sono pure le parole: *Proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem*, che il WESTENBERG adduce contro la comune opinione, ma con sì poca efficacia che piuttosto esse confermano egregiamente quella. Invero il loro senso, come anche ENRICO BRENKMANN ⁸⁷⁾ ha già osservato, approda fuor di dubbio a questo, che quantunque da principio nei delitti possa esser chiamato in giudizio soltanto il figlio, tuttavia origina quindi la contestazione della lite anche un'azione *de peculio* contro il padre, il quale appunto può esser convenuto con l'*actio iudicati*, come se il figlio avesse concluso un contratto ^{a)}. Nè si può con maggiore fondamento porre in dub-

⁸⁶⁾ L. 58 D. *de reg. iur.* [50 17]. *Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari.* Imperocchè il padre non dà il peculio al figlio perchè se ne valga per atti illeciti, ma perchè, mediante esso, stringa rapporti con altri ed in via lecita cerchi di acquistare qualche cosa. Vedi POTHIER, *Pandect. Justin.* tom. I tit. *De peculio* n. XXX nota q.

⁸⁷⁾ *Diatr. de Erematicis, s. commentar.* in HERENNII MODESTINI, *Librum sing. περί εὐρηματικῶν* (Lugd. Batav. 1706. 8) cap. XII § XIV n. 2 p. 266.

^{a)} Anche fra i romanisti posteriori al GLÜCK, e tuttora, discutesi se la *litis contestatio* sia da ravvisarsi come un contratto o almeno come un quasi-contratto. In tale argomento pure la storia dei dogmi è interessantissima: le idee dei moderni suonano, almeno nella *communis opinio*, con quelle della Glossa. Questa ad L. 3 § 11 D. *de pecul.* 15 l. verb. *iudicio contrahi* poneva la dottrina che la *obligatio iudicati* (cioè *de iudicato faciendo*) nasce *ex quasi contractu*. La culta giurisprudenza nei due più grandi suoi campioni fu scissa, in CUIACIO ad L. 29 D. *de novat.* 46 2 (Opp. Prati 1828 V col. 1836) troviamo l'idea stessa, quantunque egli adoperi anche la frase: « *Litiscontestatio contractus est et obligatio* » ed altrove dica anche: « *lite contestata contrahitur cum adversario . . . contractus est necessarius* » (ad L. 22 D. *de tut. et rat. diatr.* 27 3 Opp. V col. 1756). Invece il DONELLO, *Comm.* l. XII c. XIV n. 6-8 vuol dimostrare che la *l. c.* è un vero contratto e che così debbono essere interpretate le parole di ULPIANO nel cit. § 3 della cit. L. cui allude anche il GLÜCK. Secondo il

bio che mediante la contestazione della lite venga parimente effet-

DONELLO, ACCURSIO ha errato nell'attribuire alla *l. c.* la natura di quasi-contratto. Si veggia come dubita dell'opinione donelliana lo stesso HILLIGERUS *ad Donell* l. c. nota 4 quando conclude: « *Contrahi autem dicitur d. L. 3 § 11 LARGO MODO ut L. 20 de iudiciis* ». Il GLÜCK aderisce, come vedesi, alla teoria del DONELLO: così il PUCHTA *Instit* II § 172.

Ma il preteso errore di ACCURSIO doveva ai dì nostri diventare una *communis opinio*, dopochè lo troviamo anche nella famosa opera del KELLER, le cui parole è d'uopo qui ricordare. Egli, *Ueber Litis contestatio und Urth.* p. 127-29 scrive: « la idea del contratto viene qui [nella *l. c.*] adoperata, come spesso altrove, semplicemente per spiegare il non dubbio scaturirne di un rapporto obbligatorio... sorge mediante la *l. c.* un'obbligazione simile a quella derivante da un contratto, quasi *ex contractu*... Questo è davvero un pensiero affatto naturale poichè l'intero procedimento *in iure* è un trattato fra le parti e il pretore intorno alla composizione della formola: mediante questa poi si regola la direzione e l'importanza dell'imminente *iudicium*, ossia vengono fissate le condizioni sotto le quali si deve fare la condanna o l'assoluzione ». Cfr. nello stesso senso il SAVIGNY, *System* VI § 258 p. 33 che mentre accetta l'idea del quasi-contratto adopera ripetutamente l'alternativa: « Da questo rapporto contrattuale o simile al contratto ecc. ». Questa può dirsi la *communis opinio*.

Alcuni tuttavia negano recisamente ogni carattere contrattuale o quasi contrattuale nella *l. c.* Così il WINDSCHEID, *Pand.* I § 124 nota 1 *Dio actio* p. 62, 63 e recisamente il COGLIOLO, *Tr della eccez. di cosa giudicata* I p. 74. Onde se le fonti usano la frase *iudicio contrahere* sarebbe da dire che trattasi semplicemente di un *modus dicendi*, di espressione adoperata in un senso molto vago e generale. Cfr. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag* p. 26; BUCHKA, *Die Lehre vom Einfluss* I p. 163; COGLIOLO, l. c. Ma ad altri non piace rigettare l'idea di un vincolo contrattuale derivante dalla *l. c.*; soltanto la trasportano in un terreno diverso. Così il KLEINSCHROD, *Process. Cons.* p. 32 trova nella *l. c.* non un contratto privato, sivvero un contratto di ordine pubblico; il BETHMANN-HOLLWEG, *Tüb. krit. Zeitschr.* V p. 79 un contratto processuale. Cfr. dello stesso, *Der Civilproz. des gem. R.* II p. 487 nota 17 [« come il diritto delle cose e il diritto di famiglia, anche il diritto processuale ha i suoi caratteristici contratti *litis-contestatio, confessio* e giuramento »].

Si può discutere se alle fonti meglio risponda l'idea di un contratto ovvero di un quasi-contratto derivante dalla *l. c.*; ma sembrami impossibile escludere ogni vincolo contrattuale riducendo il linguaggio dei fr. ad un linguaggio figurato od improprio. Quando poi, come il COGLIOLO, l. c., si dice che gli effetti della *l. c.* « non dipendono da volontà contrattuale, ma dall'interna natura del processo » può darsi che di fronte al diritto classico si cada in un circolo vizioso, poichè appunto il processo civile romano è tutto basato sopra un vincolo contrattuale fra le parti, che si palesa precisamente nella *c. l.*, nelle diverse *cautiones* ecc. Basta ricordare la difficoltà di conciliare la *l. c.*, sempre necessaria alla regolarità del giudizio, con la contumacia del convenuto ed il sorgere poi, come magro espediente, di una *l. c. ficta* (Cfr. sopra p. 38 ed anche per la storia PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Comm. del cod. di proc. civ.* II n. 323 seg.) per vedere quanto tenace nel processo civile romano fosse l'idea del contratto fra le parti litiganti. Del resto il riferirsi alla intima natura del processo esclude così poco l'idea del contratto o del quasi-contratto conchiuso con la *l. c.* che lo stesso SAVIGNY, *System* VI p. 32 insegna derivare l'obbligazione insita nella *l. c.* non da volontà contrattuale, ma dalle *imprescindibili norme del diritto proces-*

tuata una novazione ^{a)} in quanto cioè riesce vantaggiosa all'attore, sebbene anche VESTENBERG ⁸⁸⁾ voglia pur contrastare questa mas-

⁸⁸⁾ *Op. loc.* Diss. VI cap. 5 § 13 e seg.

suale. Eppure si medesimo ammette l'idea del quasi-contratto ed anzi a p. 34 fa la importante osservazione che gli effetti della natura contrattuale della *l. c.* non sono da credersi tali che quella natura sia stata introdotta a caso o arbitrariamente e poi gli effetti citati, mediante un'operazione logica, sieno stati connessi alla medesima. Piuttosto per tali effetti, come confacenti alla natura del processo, fu stabilita la natura contrattuale della *l. c.* affine di aver così una sicura ed opportuna base giuridica.

Nè più forte contro la *communis opinio* è l'osservazione del COGLIOLO, *l. c.*, che « la *lit. cont.* non è nè contratto nè quasi-contratto, perchè queste sono caselle giuridiche diverse ». Quanto ai contratti meriterebbe vedere se le relative caselle giuridiche sono veramente nel diritto classico, almeno ad un certo tempo, così rigide come le credono usualmente i romanisti; ma a chi voglia considerare la *l. c.* quale contratto vien sempre addotto l'ostacolo della mancanza del libero accordo delle volontà delle parti. Cfr. tuttavia IHERING, *Geist.* 3 ed. I p. 171, secondo cui contraddice allo spirito del diritto romano che la *l. c.* abbia avuto tutte le conseguenze di un rapporto contrattuale senza essere stato un contratto. Il RUDORFF, *Geoch. des. r. R.* II p. 283 osserva che se l'*iudicium* vien costituito contro la volontà del convenuto, ciò non esclude la natura contrattuale della *l. c.* come la stipulazione pretoria non cessa di esser contratto sebbene coattivamente imposta. Anzi, secondo il BETHMANN-HOLWEG, *Der Civilpr.* II p. 487 nota 17, nel contratto processuale non manca il requisito della libera volontà.

Se poi con i più si ponga la *l. c.* fra i quasi-contratti non fa ostacolo l'enumerazione che di essi trovasi nelle fonti, riferendosi queste solo a taluni casi recati ad esempio, senza che la casella sia in alcun modo chiusa per comprenderne altri. Del resto il concetto del quasi-contratto è molto ampio, direi persino elastico; si riferisce ad obbligazioni « *quas non proprio quidem ex contractu nasci intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt quasi ex contractu nasci videntur* » (pr. I. de obl. quas quasi ex contr. 3 17).

A favore di questa natura quasi contrattuale della *l. c.*, oltre la cit. L. 3 § 11 D. de peculio, possiamo invocare la L. 22 D. de tut. et rat. distr. 27 3 e la L. 20 de iudic. 5 1: nè vi è motivo di credere che questi fr. [Cfr. anche PLAUT. Cues. III 2 31; CIC., De legib. III 3 6] abbiano un significato improprio o metaforico, corrispondendo anzi al sistema del diritto classico. Per l'idea del quasi-contratto, cfr. infatti la cit. L. 22 con la L. 25 § 13 D. fam. ere. 10 2: la frase di quella L. « non sponte contraxit » è determinata per mezzo del concetto identico, quantunque in casi differenti, contenuto nelle frasi della L. 25 cit. « cum coherede non contrahimus sed incidimus in eum » — « hos coniunxit ad societatem non consensus sed res ».

a) Anche questo concetto di una novazione necessaria, derivante cioè dalla *l. c.* è dei più discussi fra i romanisti. Per la storia e la bibliografia della questione si può consultare utilmente la citata Memoria del RIBBENTROP (p. 24 nota a) e il COGLIOLO, *Tr. eces.* I p. 75 nota 81 ricca di bibliogr. ACCURSIO, ad L. ult. C. de usur. r. iud. [75] negò la esistenza di una novazione necessaria per la differenza fra gli effetti della novatio e della *l. contest.* riguardo alle garanzie del credito; ma questa sua dottrina

sima. ULPIANO ⁸⁹⁾ dice espressamente: *Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem*; e PAOLO ⁹⁰⁾ pone pure in rilievo la differenza: *Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti*, e prova ciò con molti esempi per mostrare che questa novazione, la quale avviene mediante la contestazione della lite, solo abbia luogo in quanto ridondi in vantaggio dell'attore. Invero egli aggiunge: *Neque enim deteriores causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem; ut solet dici in his actionibus, quas tempore vel morte finire possunt* ⁹¹⁾.

⁸⁹⁾ L. 11 D. de novat. et delegat. [46 2].

⁹⁰⁾ L. 29 D. eodem.

⁹¹⁾ Si confrontino anche le L. 86 e L. 87 D. de Reg. iur., e DONELLUS, in *Commentar. iur. civ.* lib. XVI cap. 20 p. 933, e nel *Commentar. ad tit. XLII* lib. VII *Cod. de novationibus* n. 10 et 11 p. 710.

non era destinata a diventare una *communis opinio*. Invece il CUIACIO, il DONELLO, l'HOTOMANNO, P. FABER ecc., la culta giurisprudenza, insomma nei suoi grandi campioni, ammisero la così detta *novatio necessaria*. Così fra i romanisti odierni l'idea fu accolta quale *communis opinio*. Cfr. KELLER, *Ueber Liticoont.* p. 89 *Civilprocess.* § 60. — SAVIGNY, *System* VI p. 25 seg. [ma con riserve]. — PUCHTA, *Instit.* II § 172. — WAECHTER, *Erörter.* III p. 4. — KIEBULFF, *Theorie* p. 274. — BUCHKA, *Einfluss* § 7. — LIEBE, *Die Stipulat.* p. 178. — SALPIUS, *Novat. und Delegat.* § 25, p. 139-146. — FADDA, *Recons. cit. Arch. giur.* XXXIV p. 343 [aderisce alla *communis opinio*, ma con vedute proprie circa al modo di spiegare il concetto romano].

Contro l'idea di una novazione prodotta dalla *l. c.* si sono modernamente schierati il BEKKER, *Proc. Consumt.* § 23 p. 293; il BRUNS, *Klein. Schrift.* II p. 328 [recensione sull'opera del BEKKER]; il WINDSCHEID, *Pund.* § 124 nota 1, *Die Actio* p. 60; il KLEINSCHROD, *Proc. Cons.* p. 14; il COGLIOLO, op. cit. p. 75-78. Per questi autori le fonti non conterrebbero che mere assimilazioni teoriche della *l. c.* alla *novatio* senza alcuna efficacia pratica; anche la *novatio necessaria*, per usare la frase del COGLIOLO, sarebbe « un *modus dicendi* senza effetti pratici ».

Io non nego che talora nei fr. di taluni dei nostri giureconsulti si trovi enunciata qualche generalità teorica senza effetti pratici e adatta anzi a indurre in errore [cfr. per ULPIANO, PERNICE, *Ulp. als Schriftsteller in Stzb. der berl. Ak.* 1885 XXV p. 446], ma è impossibile che giuristi pratici come i romani si sieno lasciati sfuggire sovente delle mere assimilazioni teoriche o delle vuote frasi al pari dell'ultimo scrittore di diritto cui manchi la precisione del linguaggio. Come si può vedere gettando l'occhio sui fr. raccolti dal FADDA, *l. c.* p. 341 VENULEIO, SCEVOLA, GAIO, ULPIANO, PAOLO, ecc., ora paragonano la *l. c.* alla *novatio*, ora qualificano quella come novazione, ora mostrano in varia guisa il parallelismo dei due istituti. È una pretesa assimilazione teorica che infuisce sul pensiero di tutti i giuristi e su quello dello stesso GIUSTINIANO (L. 3 C. de usur. rei iud. 7 54).

Posto adunque che tale assimilazione è tutt'altro che isolata nei testi, resta a spiegare il concetto che la ispirò ai giureconsulti romani e in tal proposito cfr. specialmente SALPIUS, o. c. p. 139-146, FADDA, *l. c.* p. 343-345.

Gli effetti della contestazione della lite consistono secondo il diritto romano in ciò ^{a)}:

1. Riguardo all'azione.

a) Questa mediante la contestazione della lite viene in tal guisa perpetuata che se per lo innanzi era soltanto un'azione temporale, adesso non si estingue che dopo trenta anni, e se era perpetua, si estingue solo dopo i quaranta ⁹²⁾. Secondo il più antico diritto romano l'attore era, a dir vero, assicurato per sempre contro ogni prescrizione dal momento che la *lis* era stata contestata ⁹³⁾. Ma l'imperatore TEODOSIO limitò dapprima questa eterna durata delle azioni ad uno spazio di trenta anni ⁹⁴⁾. L'imperatore VALENTINIANO III introdusse questo cambiamento che quando un'azione fosse stata sperimentata solo dopo il decorso di venticinque anni calcolati dal

⁹²⁾ Iac. CUJACIUS, *Observat. iur. Rom.* lib. XVIII cap. 29. — Franc. HOTOMANNUS, *Observation.* lib. III cap. 28. — BACHOVIVS, *Ad Treullerum disput.* XII Th. 2 lit. E. v. *Et temporalibus.* — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4333, e HÖPFNER, *Commentar. über die Institutionen* § 987. Altri sostengono tuttavia che dopo la contestazione della lite tutte le azioni senza differenza, e così anche le azioni temporali, si estinguono solo in quarant'anni. Vedi Io. Iac. WISSEBACH in *Commentario ad L. ult. Cod. de praescripti. XXX vel XL annor.* p. 709. — Fr. RAGUILLUS in *Commentar. ad Constitut. et Decisiones Iustiniani* lib. VII p. 631 e seg. — WINCKLER, cit. *Dissert. sect. II* § 4. — Christ. Frid. POHL, *Diss. de fatiis praescriptionis longissimis temporis ex legibus Iustiniani.* Lipsiae 1780 § 5, e Dan. SCHÜTTE, *Diss. de praescriptione litispendentiae.* Göttingae 1784 cap. 2 § 5 e seg.

⁹³⁾ L. ult. § 1 in fin. D. *de fideiussor. tutor.* [27 7]. L. 9 § 3 D. *de iureiur.* [12 2]. L. 24 pr. D. *de liber. causa* [40 12]. L. 139 D. *de Reg. iur.* pr. I *de perp. et tempor. act.* [4 12].

⁹⁴⁾ L. un. C. *Teod., de act. certa tempore finient.* L. 3 C. *de praescr. XXX vel XL annor.* L'autore di questa costituzione non è TEODOSIO il Grande, ma TEODOSIO il Giovane, come già in un altro luogo è stato dimostrato in questo *Commentario* libro II § 277 nota 100. Si veda anche Hub. GIPHANIUS, in *Explanat. difficilior. LL. Cod. ad legem 3 de praescr. XXX vel XL annor.* p. 255.

a) Le opinioni espresse dal GLÜCK riguardo agli effetti della *l. c.* nel diritto romano sono ancora accettabili. Cfr. ARNDTS-SERAFINI I, 1 § 113 nota 4 e la riferita letteratura. Per ciò che riguarda la restituzione dei frutti percetti dopo la *l. c.* anche per parte del possessore di buona fede cfr. ora CZYHLARZ, nella cont. del GLÜCK *Serie der Büch.* 41 und 42 I p. 559 seg.

tempo del suo nascimento, dovesse durare dieci anni tuttora ⁹⁵). Nullameno GIUSTINIANO abolì di nuovo questa differenza, poichè colui che mediante l'esperimento dell'azione e l'avvenuta contestazione della lite ha incominciato a far valere il suo diritto ed è stato impedito di proseguire per la potenza e pel raggiungi del suo avversario o per altre circostanze, merita maggior favore, nè deve esser considerato in condizione eguale a colui che non si è affatto valso del suo diritto. Ordinò perciò che quando l'attore dopo la contestazione della lite lascia giacente l'azione, questa non debba estinguersi in trenta, sìvero solo in quaranta anni calcolati dall'ultimo passo che è stato fatto nel processo ⁹⁶).

b) Quando l'azione non trasmettesi diversamente agli eredi, acquista ora mediante la contestazione della lite la caratteristica che può esser continuata così dagli eredi dell'attore come contro gli eredi del convenuto ⁹⁷). Tale è il caso delle azioni penali e per ingiuria.

⁹⁵) Nov. *De episcopali iudicio* (in *Collect. Novellar. Constitut. Imp. Iustiniano anterior. perpet. comment. illustr. opera Io. Dann. RITTERI*, lib. II tit. 12).

⁹⁶) L. ult. *Cod. de praeser. XXX vel XL annor.* [7 39]. L. 1 § 1 *Cod. de annali except.* [7 40]. — VOET *ad Pandect. h. t.* § 55, vuol sostenere che GIUSTINIANO abbia di nuovo abolito quella perpetuità delle azioni contestate mediante la L. 13 § 1 *Cod. de iudiciis* e che abbia invece ordinato che ogni azione che dopo essere stata promossa non è continuata, debba essere estinta dopo il decorso di tre anni. Ma la legge nulla contiene in proposito di questo cambiamento, e vuole semplicemente dire che il convenuto dopo tre anni può ricevere un proscioglimento dall'istanza: *Volumus eum ab observatione iudicii relaxare*, come GIUSTINIANO dice § 2 cit. L. 13. Si vegga CUJACIUS, lib. IX *Obs.* 22 et lib. XVIII cap. 29. — FR. RAGUELLUS in *Commentar. ad Constitut. et Decisiones Iustiniani* lib. VII p. 632. — STRYK, *Us. mod. Pand. h. t.* § 16 de COCCEJI in *Ius civ. contrav.* qu. 25, e specialmente SCHÜTTE, cit. *Diss.* cap. 2 § 9 e 10.

⁹⁷) § 1 *I. de perpet. et temp. act.* L. ult. § 1 *D. de fideiussor. tutor.* L. 26 L. 58 *D. de obligat. et action.* [44 7]. L. 87, L. 139, L. 164 *D. de Reg. iur.* L. 13 pr. *D. de obligat. et act.* Veramente sembra che secondo la L. 33 *D. de obligat. et act.* una azione penale si trasmetta agli eredi del convenuto già quando è stata promossa contro il delinquente mentre era in vita, quantunque la contestazione della lite non avesse ancora avuto luogo. *Constitutionibus*, dice PAOLO, *quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit si vivus contentus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite*

c) Quando l'azione è nossale e l'animale nocivo muore dopo la contestazione della lite, rimane sussistente per lo meno la obbligazione al risarcimento del danno; per lo contrario estingue quella

contestata cum mortuo. Veramente sostengono ciò anche CUJACIUS in *commentar.* ad L. 26 33 e 58 D. *de obligat. et act.* — VINNIUS in *comment.* ad § 1 I. *de perpet. et tempor. act.* — IANUS a COSTA in *praelection. ad illustriores quosd. titulos locaque select. iur. civ.* (Lugd. Batav. 1773 4) p. 209, e PÜTTMANN, *Probabil. iur. civ.* lib. II cap. 1 p. 4 e seg. Si dice che ciò, contro la regola d'altro tempo del diritto civile, sia stato introdotto mediante le costituzioni degli imperatori. Ma si consideri che appunto PAOLO istesso per la trasmissione di una azione penale agli eredi, in altri luoghi richiede espressamente la contestazione della lite; L. 24 pr. D. *de lib. causa.* L. 87 D. *de reg. iur.* L. 164 D. *eodem*, che questa è pure la concorde opinione di ULPIANO. L. 26 D. *de obligat. et act.* e L. 28 D. *de iniur.* e di CALLISTRATO L. 58 D. *de obligat. et act.*, che inoltre gli imperatori stessi, cioè a dire tanto DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, L. un. Cod. *Ex delict. defunt. in quantum hered. conven.* [4 17], quanto GIUSTINIANO § 1 I. *de perpet. et temp. act.*, ascrivono appunto questo effetto soltanto alla contestazione della lite, e che infine non sarebbe stato necessario attribuire nella L. 1 Cod. *quando libellus princ. dat. lit. contest. fac.* alla presentazione di un libello al reggente e alla avvenuta concessione del rescritto in proposito la efficacia della contestazione di lite per ciò che riferiscesi al passaggio dell'azione agli eredi, se già la semplice mozione di essa secondo la costituzione degli imperatori avesse avuto ai tempi di PAOLO questa efficacia. Così sorgono qui difficoltà che difficilmente possono togliersi di mezzo. I glossatori a cui anche PET. FABER in *Comm.* ad L. 86-87 D. *de reg. iur.*; HUB. GIPHANIUS in *lectur. Altorphin.* ad L. 33 D. *de obligat. et act.* p. 601, e BAVIUS VOORDA in *Not. ad Iani a COSTA Praelection.* cit. p. 209 nota y, si accostano, non credono che la L. 33 citata contenga una modificazione dell'antico diritto, ma intendono le parole di PAOLO nel senso che l'azione per la pena privata passi contro gli eredi del delinquente quando essa in vita di lui era stata promossa ed aveva avuto luogo una contestazione di lite. Le parole *quasi lite contestata cum mortuo* non dimostrerebbero qui alcuna improprietà, alcuna finzione, ma piuttosto *ipsam rei veritatem* e vorrebbero dire *utpote*, ovvero *quippe lite contestata cum mortuo*. Ma che la L. 33 non contenga alcuna conferma di quel principio giuridico lo dimostrano chiaramente le parole *Constitutionibus placuit*. Altri vogliono perciò aiutarsi nella difficoltà mediante un cambiamento del testo, e leggono *transmissam non videri*. Così HALOANDER e BAUDOZA. Tuttavia la comune elezione viene avvalorata dal testo fiorentino delle Pandette. Vedi IAUCHIUS in *Meditat. crit. de negationibus Pandect. flor.* cap. 5 p. 84. Secondo quella lezione, anche la particella *etiam* sarebbe ivi senza significato. Altri intendono questo passo relativamente ad una azione criminale la quale sia stata promossa per una pubblica multa contro il delinquente; come ANT. FABER, *Coniectur.* lib. VII cap. ult. — EM. MERILLIUS,

morte totalmente l'azione se è avvenuta antecedentemente alla contestazione della lite ⁹⁸).

2. Riguardo al contenuto del processo.

a) Esso mediante la contestazione della lite è controverso in siffatta guisa che oramai non è lecito al convenuto di alienare la cosa che è obbietto di controversia, nè introdurre cambiamenti a danno dell'attore ⁹⁹). Se egli l'ha recata via dal luogo nel quale l'azione è stata promossa contro di lui, deve riportarvela a proprie spese ¹⁰⁰).

Observat. lib. IV cap. 2, e *Iac. VOORDA, Interpret. et emendat. iur. rom.* lib. II cap. 19. Ma questa opinione è contraddetta in parte dalle parole *si vivus conventus fuerat* che non possono usarsi per una azione criminale, come anche KLEINSCHROD, *Systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts* 2 Th. § 33 p. 94, ha osservato; in parte insegna la L. 20 D. *de accusat.* [47 2], che nei delitti pubblici la multa può essere pretesa dagli eredi solo quando la condanna del delinquente è avvenuta già in vita di lui. Le ultime parole di questa legge: *Ex caeteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta*, sono da intendersi semplicemente riguardo a delitti privati, come KLEINSCHROD, l. c., ha dimostrato. Esse quindi letteralmente intese darebbero piuttosto una nuova prova che la pena nelle azioni penali trasmettesi agli eredi quando l'azione fosse stata promossa contro il convenuto durante la sua vita, il che non si può porre in accordo con altre leggi. — VOET *ad Pandect. h. t.* § 149 non sa a qual'altra via appigliarsi che di supporre una interpolazione di TRIBONIANO ai tempi del quale la prescrizione sarebbe stata interrotta anche mediante la semplice citazione; il che per altre molte leggi che ascrivono l'effetto della trasmissione delle azioni penali alla contestazione della lite è sommamente inverosimile. Tra tutte le interpretazioni della L. 38 sembra quindi aver più fondamento quella secondo cui essa viene spiegata con la L. 10 § 2 D. *si quis caut. in iud. sist. o. fact.* [2 1] e riferita al caso che il convenuto per disobbedienza e raggiri non abbia contestato la lite. Ciò inseguano le parole: *quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset* che *Ant. FABER* in *Rational.* ad L. 10 cit. senza sufficiente motivo ritiene come aggiunta di TRIBONIANO. Recano questa interpretazione CARPZOW, lib. III *Responsor.* 39. — *Hartm. PISTOR, Quaest. iuris* parte I qu. 27 n. 7 e 8. — LAUTERBACH in *Disp. de transit. action.* Tubing. 1653 Th. 38 etc.

⁹⁸) L. 1 § 13 et 16 D. *si quadrupes pauper. fec. dic.* [9 1]. — *Iac. GOTHOFREDUS* in *Commentar. ad Tit. Dig. de div. Reg. iuris* ad L. 139 h. t. p. 586.

⁹⁹) L. 13 D. *famil. ercisc.* [10 2]. L. 1 Cod. *Communi divid.* [3 37] e tutto il *Tit. Dig.* [44 6] et Cod. [8 37] *de litigios.*

¹⁰⁰) L. 12 D. *de rei vindicat.* [6 1].

La cosa deve perciò esser lasciata inalterata nello stato nel quale si trovava al tempo della contestazione della lite ¹⁾. Da questo tempo in poi

b) anche il possessore di buona fede deve restituire tutti i frutti della cosa e non solo quelli che realmente ha raccolto, ma anche quelli che usando la ordinaria diligenza di un buon proprietario sarebbero potuti ottenere ²⁾. Deve inoltre rispondere di tutte le deteriorazioni che egli deliberatamente o per sua colpa ha cagionato ³⁾, ed in genere consegnare all'attore tutto ciò che egli avrebbe avuto se la cosa gli fosse stata consegnata al tempo della contestazione della lite ⁴⁾. Indi la regola: *Post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse* ⁵⁾, la quale mediante la interpretazione dei giureconsulti romani fu ampliata tanto che si retrotrasse il principio della *mala fides* del possessore già al tempo nel quale questi ha avuto la prima notizia dall'azione contro di lui intentata ⁶⁾. Il convenuto resta tuttavia visibilmente distinto da un possessore di mala fede che sino da principio è stato tale, poichè egli non risponde dei casi fortuiti quando anche questi non avrebbero colpito la cosa se fosse stata in podestà dell'attore ⁷⁾. Imperocchè propriamente non si può

1) L. 2 D. *de usur. et fruct.* [22 1]. L. 91 § 7 D. *de legat. I.* Ivi si dice: *Causa eius temporis, quo lis contestabatur repraesentari debet actori; et quale est cum petitur, tale dari debet.* Che la espressione *cum petitur* significhi il *tempus iudicii coepti* viene insegnato dalla L. 15 D. *ratam rem haberi* [46 8].

2) L. 1 § 1 C. *de petit. heredit.* [3 31]. L. 22 Cod. *de rei vindic.* [3 32]. L. 2. C. *de fruct. et lit. expens.* [7 51]. § 2 I. *de offic. iud.* [4 17].

3) L. 45 D. *de rei vind.* L. 4 § 2 D. *fin. regund.* [10 1]. L. 25 § 8 D. *aedit. edicto* [21 1].

4) L. 40 pr. D. *de heredit. petit.* [5 3]. L. 20 D. *de rei vindicat.* L. 31 D. *de reb. credit.* [12 1].

5) L. 25 § 7 D. *de heredit. petit.* L. 45 D. *de rei vindicat.*

6) L. cit. 25 § 7 D. *de heredit. pet.* dove ULPIANO aggiunge le parole: *quin immo post controversiam motam*, e nella L. 20 § 11 D. *eodem* dice appunto questo giureconsulto: *Ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor.* Si veggia anche L. 31 D. *eodem*. — FRANC. DE AMAYA, *Observat. iuris* lib. III cap. 2 n. 31 e 32, crede che ciò valga soltanto per l'azione ereditaria e che nella rivendicazione invece e nelle altre azioni non sopraggiunga la *mala fides* del possessore prima della contestazione della lite. Ma che questa distinzione sia infondata è stato già dimostrato da ANT. FABER, *Rational.* ad L. 25 § 7 D. *de heredit. pet.*

7) L. 16 pr. e § 1 D. *de rei vind.* L. pr. D. *de heredit. petition.*

dire che il *possessor bonae fidei*, appena presentata l'azione, acquisti la prima persuasione della ingiustizia del suo possesso dipendendo quella piuttosto dalla prova dell'attore; ma soltanto mediante ciò la sua *bona fides* è resa vacillante a cagione dell'esito incerto del processo ⁸⁾. Per mezzo della contestazione della lite egli non è quindi costituito *naturaliter in mala fides*, ma soltanto *civiliter* riguardo a talune giuridiche conseguenze è considerato simile ad un *malae fidei possessor* come nel § 567 deve esser ulteriormente dimostrato ⁹⁾.

3. Riguardo alle parti litiganti. Queste debbono

a) continuare il processo dinanzi al giudice di cui esse hanno riconosciuto la giurisdizione mediante la contestazione della lite. Quindi la regola: *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet* ¹⁰⁾. Ciò vale anche per i loro eredi come GIAVOLENO ¹¹⁾ dice: *Si is, qui Romae iudicium acceperat, decessit, heres eius, quamvis domicilium trans mare habet, Romae tamen defendi debet.*

b) Quando il convenuto si è falsamente spacciato per possessore della cosa, e l'attore ritenutolo per tale, contro di lui si è rivolto e questi si è impegnato nella lite (*liti se obtulit*), deve risolvere la causa con l'attore e può esser condannato al risarcimento del valore e di ogni altro interesse ¹²⁾, a meno che non possa provare che l'attore era a conoscenza del contrario ¹³⁾. Imperocchè in questo caso l'attore dovrebbe ascrivere certamente a sè stesso di

⁸⁾ L. 10 C. de acquir. vel retin. poss. [7 32].

⁹⁾ Si confronti qui principalmente Christoph. Christ. HASSE, *Diss. de litis contestat. an et quatenus bonae fidei possessor per eam in malam fidem constituitur*. Goettingae 1780. — Io. Frid. Giul. SCHLEGEL, *Diss. de discrimine inter possessionem bonae et malae fidei eiusque effecto civili secundum iuris rom. principia*. Havniae 1790 sect. I § 6 n. 5 e 6. — Ernest. Christ. WESTPHAL, *System des Röm. Recht über die Arten der Sachen Besitz. Eigenthum u. Verjährung* § 933. — HÖPFNER, *Commentar über die Institution*. § 987 nota 2. — WINCKLER, cit. *Diss.* sect. II § 8, e HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1676.

¹⁰⁾ L. 30 D. de iudiciis.

¹¹⁾ L. 34 D. eodem.

¹²⁾ L. 25 e 27 pr. D. de rei vind. L. 13 § 13 D. de heredit. petition. L. 45 D. eodem. — Aem. Lud. HOMBERG in WACH, *Diss. de oblatione ad litem*. Marburgi 1746.

¹³⁾ L. 45 D. de heredit. petit.

essersi rivolto senza vantaggio contro taluno che egli poteva chiamare in giudizio soltanto come possessore ¹⁴⁾. Finalmente

e) mediante la contestazione della lite il procuratore acquista la spettanza della causa ¹⁵⁾: dei quali effetti si è trattato in altra circostanza ¹⁶⁾.

Di qui scorgesi come sia vero ciò che PAOLO dice: che mediante la contestazione della lite la condizione dell'attore non è peggiorata, ma per lo più migliorata ¹⁷⁾.

Oggi giorno ^{a)}

14) L. 26 D. *de rei vind.* — WESTPHAL, *System des roem. Rechts über die Arten der Sachen etc.* § 922.

15) L. 4 § ult. D. *de appellat.* [49 1].

16) *Commentario* libro III § 390 p. 119-120.

17) L. 86 D. *de reg. iur.* *Non solet deterior conditio fieri eorum qui litem contestati sunt; sed plerumque melior.* — Vedi Iac. GOTHOFREDUS, *Commentar.* ad L. 86 D. *de reg. iur.* p. 402.

a) Quanto agli effetti della *l. c.* nel diritto odierno e specialmente nel nostro diritto il quesito è arduo e pieno di intricate questioni. Cfr. PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Comm. del cod. di proc. civ. degli Stati sardi* II n. 326 seg. [Easi fanno notare che esistono tuttora anche taluni effetti non ricordati dal codice che essi commentano; ad esempio, quelli derivanti dalla massima *regulariter nihil debet innovari lite pendente*]. RICCI, *Comm. al cod. di proc. civ. ital.* II n. 338 seg. [Riguardo alla inalienabilità della cosa litigiosa trova troppo rigoroso il diritto romano e mostra che nel nostro diritto l'art. 1875 del *Cod. civ.* e 921 del *Cod. di proc. civ.* provvedono meglio rendendo possibile un sequestro giudiziario. Tra gli effetti della *l. c.* esso ricorda pure il principio della *lex anastasiana* applicato ai diritti litigiosi dall'art. 1546-47 del *Cod. civ. ital.*]. Ma per giudicare di questi effetti è d'uopo prima intendersi sul momento che nel processo odierno costituisce la *l. c.* (cfr. sopra p. 32 nota a). Ammettendo come noi che la *l. c.* si verifica colle conclusioni di causa sarebbe strano ascriverle oggi taluni effetti che già hanno avuto luogo nell'odierno processo dal momento che fu regolarmente iniziato: coloro invece che ravvisano la *l. c.* nel contraddittorio dei moderni codici di procedura possono collegarvi più facilmente i ricordati effetti. Tuttavia, come osserva il GLÜCK, l'effetto della pendenza della lite è già conseguenza ai di nostri di una citazione opportunamente insinuata. Cfr. [già SAVIGNY, *System* VI p. 243 da un punto di vista generale] nello stesso senso PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI I n. 803. Essi ricordano decisioni della cassazione torinese (1851) e della Corte d'Appello di Genova dello stesso anno, richiedenti anche per tale effetto la contestazione della lite; ma oggi non può esservi dubbio sulla massima contraria,

In qualunque momento del processo si trovi oggi la *l. c.* è da vedere se sia da ravvisarsi tuttora come un contratto od un quasi-contratto e se contenga una novazione Il GLÜCK lo nega per ciò che riguarda l'idea del contratto; ammette invece tuttora gli effetti della novazione. La tesi non è così semplice come sembrerebbe a prima vista; nè trattasi di una mera questione di scuola poichè appunto il concetto

1. Nell'impegno nella lite non si può più scorgere un quasi contratto¹⁸⁾. Infatti

a) appartiene in genere l'intera teoria del diritto romano sulle

¹⁸⁾ WINCKER, cit. *Diss. De discrimine L. C. vet. et hōd.* sect. III § 2 p. 56. Di altra opinione è tuttavia HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4383.

della natura contrattuale o quasi contrattuale della *l. c.* trovasi sovente invocato per risolvere in un senso o nell'altro delicate questioni pratiche. Se ricorriamo ai commentatori ed espositori del diritto francese, i quali pur sempre hanno tanta importanza per noi, troviamo diffuso quel concetto. Parlano di quasi-contratto giudiziario MARCADÉ IV n. 747: — PROUDHON, *Tr. du droit d'usufr. d'usage, d'habit. ecc.*, III n. 1290 seg. [« espèce de compromis, dice esso, que les auteurs appellent quasi-contrat judiciaire »]. — BOITARD, *Leçons de procéd.* I n. 590 ecc. Altri invece ricordano a dirittura un contratto giudiziario. Così AUBRY e RAU su ZACHAR. III § 324 nota 1. — RAUTER, *Cours de proc. civ. franc.* § 145. Il BERRIAT SAINT-PRIX, *Cours de proc. civ.* 7 6d. p. 909 insegna esistere contratto giudiziario se il convenuto compare, quasi-contratto ove questo manchi.

Gli espositori del diritto italiano si limitano di regola alla trattazione dei due quasi-contratti ricordati dal nostro codice civile: così il RICCI, *Corso di dir. civ.* VI n. 67; il GIORGI, *Obbl.* V n. 9. Ma con ciò non si può dire che essi escludano l'idea di altri quasi-contratti. Anzi il RICCI, *Comm. al cod. di proc. civ. ital.* I n. 338 accenna a questa idea del « contratto giudiziario o quasi-contratto » derivante dalla contestazione della lite.

Non è mio intendimento di trattare *ex professo* la tesi. Sarebbe da vedere se per la mutata indole dell'odierno processo civile non sia superflua questa idea di un contratto o quasi-contratto giudiziale che in tutto confacevasi al processo civile romano. Negli espositori dell'odierno diritto si vede ben tosto che questo contratto o quasi-contratto giudiziale è qualche cosa di indeterminato che abbisognerebbe di una più profonda analisi. Anche una pratica dei tribunali, osservava a ragione il SAVIGNY, *System* VI p. 246-47 per la natura teorica ed astratta del concetto di questo vincolo contrattuale o quasi-contrattuale (che non produce una singola conseguenza pratica ma è la formola che spiega molteplici effetti) non si è potuta veramente formare nel nostro argomento. Tuttavia anche oggi un vincolo simile al contrattuale sembra emergere dal processo e vi si possono forse collegare importanti effetti, come, ad esempio, la possibilità di sostituire l'una forma di procedimento all'altra quando le parti sono concordi (cfr. sopra p. 20 nota a), la competenza del supplente del giudice rinunciato in caso che le parti siano d'accordo (*Cod. proc. civ.* art. 127 1.° al.), sotto un aspetto più intrinseco la irretrattabilità delle dichiarazioni del convenuto, ecc.

Eguali dubbi sorgono riguardo alla così detta novazione necessaria o giudiziale nell'odierno diritto. Cfr. in proposito DUPLESSIS, *Étude sur la novat. et la delegat. en dr. rom. et franc.* Paris 1869 p. 194-96, 374-100. Quest'autore ha raccolto interessanti materiali per l'argomento che ci occupa: nullameno mi sembra che non abbia opportunamente distinto, nel riferire le opinioni dei civilisti francesi, fra coloro che ammettono la novazione prodotta dalla contestazione della lite e coloro che parlano di novazione prodotta dalla sentenza. Tale distinzione è necessaria per confrontare le opinioni dei civilisti con quelle di taluni celebri romanisti. Ai tempi del GLÜCK la teoria della *duplex novatio necessaria* non era ancora stata formolata: essa deve

obbligazioni *quasi ex contractu* alle sottilità esagerate, il cui motivo che forniva occasione ai giureconsulti romani di ridurre possibil-

KELLER, *Ueber Litiscont.* § 60. Una prima novazione del rapporto giuridico controverso sarebbe operata dalla *l. c.*, una seconda dalla sentenza, Cfr. GAIUS III 180. Qui dobbiamo più specialmente vedere che cosa pensino i moderni civilisti della novazione prodotta dalla *l. c.* Il RAUTER, *Cours de proc. civ. franco.* § 145, parla di una novazione prodotta dal contratto giudiziario. Invece AUBREY e RAU su ZACHAR. VI § 769 nota 109 e 111 alludono ad una novazione giudiziaria derivante da giudicati che dichiarino l'esistenza di un credito o di una obbligazione. Così BONNIER, *Éléments de procéd.* n. 335 secondo il quale la condanna opererebbe « une sorte de novation ».

Tra coloro che nel diritto odierno negano la *novatio ex l. contest.* ricorderemo anzitutto POTHIER, *Tr. des oblig.* n. 584 autore di grave momento per noi essendo stato, come fu detto a ragione, la guida principale del codice napoleonico. Nello stesso senso BOITARD, *Éléments de procéd.* I n. 311 che sostiene niente giustificare nel diritto francese l'idea di una novazione giudiziaria (come effetto della *l. c.* o della sentenza?) che è un'idea tutta romana. Fra noi esplicito è in proposito il GIORGI, *Obl.* VII n. 341 il quale insegna che « nel diritto moderno la contestazione della lite non sostituisce giammai un'obbligazione alla precedente ». Osserva esso non essere la *l. c.* un modo di estinguere la obbligazione, ma di portarla ad esecuzione: cosa non abbastanza intesa da coloro che « si ostinano a parlare di novazione giudiziale »; onde per lui nel sistema del codice civile italiano non si può parlare che di una sola specie di novazione: cioè della novazione volontaria e privativa.

Anche in questo proposito coloro stessi fra i civilisti che ammettono la novazione necessaria hanno idee poco determinate e vi è proprio da dubitare se nell'odierno processo civile questa *novatio necessaria* non sia un ricordo di scuola. Nè fra i romanisti, che pure a ragione sostengono calorosamente la parte viva tuttora del diritto romano, si vorranno trovare gli ostinati riproduttori di concetti omai di pura importanza storica. Già nel diritto giustiniano la teoria della *novatio necessaria* (come quella della consunzione dell'azione per effetto della *l. c.* cui collegasi) è priva di pratica importanza. Cfr. anche ARNDTS-SERAFINI II 3.^a ed. § 271 nota 3. Nè le tradizioni del diritto romano, come suppone il GIORGI, *l. c.*, debbono avere influenza nel far conservare il concetto di una così detta novazione *cumulativa*, poichè quantunque affacciato da qualche autorevole romanista (ad esempio, MÜHLENBRUCH *Dootr. Pan.* § 474 fu già dal PUCHTA, *Vorlesungen* § 291 dichiarato un vero controsenso. Contro, anche FADDA, *Novazione* p. 69 nota 1.

Neppure mi sembra persuasivo in proposito l'insegnamento del GLÜCK, il quale sostiene in sostanza che oggi pure hanno luogo gli effetti della novazione prodotta dalla *l. c.* cioè a dire l'interruzione della prescrizione dell'azione mediante la citazione e la trasmissione agli eredi, dopo contestata la lite, delle azioni che diversamente sarebbero estinte con la morte dell'attore o del convenuto.

Questi effetti derivano oggi dalla citazione o domanda giudiziale [cfr. anche l'articolo 2125 *cod. civ. it.*] anzichè dalla contestazione della lite: siccome pel GLÜCK (cfr. p. 32) l'odierna contestazione della lite consiste nella risposta che il convenuto dà all'azione intentata contro di lui, è strano che egli chiami effetti della novazione *ex l. contest.* quelli che ei stesso riconosce come effetti della citazione. Ma il GLÜCK, al pari del THIBAUT, del MÜHLENBRUCH, ecc., come nota il SAVIGNY *System* VI p. 242-43, è tra coloro i quali credono che oggi pure gli effetti materiali del processo

mente a contratti tutti i diritti e tutte le obbligazioni, presso di noi vien meno intieramente¹⁹).

¹⁹) Vedi WEBER, *Systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit* § 29 p. 90.

sieno da ricondursi al momento della *l. c.*, quantunque ammettano talune eccezioni. Se non che questa sembrano piuttosto una regola.

Quantunque ormai parlando di questi effetti siamo fuori dell'argomento della *l. c.* non sarà inopportuno vedere lo stato della dottrina intorno alla così detta perpetuazione delle azioni per la domanda giudiziale, poichè taluno, come anche il DUPLESSIS, *l. c.*, vuole ricollegarla tuttora all'idea del quasi-contratto o della novazione necessaria.

La questione era al solito stata posta nei suoi veri termini dal POTHIER. Egli, come vedemmo, non crede alla esistenza nell'odierno diritto di una novazione *ex l. contest.*; tuttavia *Tr. des donat.* n. 205 alludendo alla massima *omnes actiones quas morte aut tempore pereunt, semel inclusas iudicio salvae permanent* (l. 139 pr. D. de R. I. 50 17) scrive: « Par droit romain, il fallait pour cela qu'il y eut *litis contestatio*; mais selon nos mœurs, le simple exploit de demande suffit pour cela et équivaut à la *litis contestation* ». Il DUPLESSIS o. c. p. 383 seg. propone a proposito della validità della riferita massima *omn. actiones* ecc. nel diritto odierno talune importanti questioni e crede che appunto il quasi-contratto giudiziale abbia l'effetto di rendere trasmissibili alle parti in causa le azioni personali.

Così spiega l'art. 330 del cod. napoleonico eguale all'art. 178 del nostro cod. civile [azione per reclamare lo stato legittimo che non può essere promossa dagli eredi o discendenti del figlio, ma promossa da questo può essere proseguita da quelli, se non vi fu recesso nè perenzione d'istanza]. Elegante è pure la questione che il DUPLESSIS accenna sull'art. 957 del cod. napoleonico eguale all'art. 1082 del nostro cod. civile [Nella giurisprudenza francese si disputa se l'azione per revocare la donazione intentata contro il donatario sia perseguibile anche contro gli eredi di questo, giacchè il codice napoleonico non alludeva che alla trasmissione dell'azione stessa agli eredi del donante che l'aveva intentata. Cfr. MARCADÉ, III n. 709; I n. 642. — AUBRY e RAU, VI p. 110. — TOULLIER V 337. — DURANTON, VIII 562. — TROPLONG, III 1328. L'articolo 1082 del nostro codice lascia, per la identica dizione, nello stesso dubbio]. Il DUPLESSIS accenna infine due altre questioni, e le crede risolvibili con la teoria del quasi-contratto. La domanda di separazione intentata da un coniuge contro l'altro può essere proseguita dagli eredi dell'uno o contro gli eredi dell'altro? Affermativamente risponde il POTHIER, *Tr. du contr. de mariage* n. 526; negativamente il DEMOLOMBE, *Tr. du mar.* II n. 429-31. Gli eredi di uno dei coniugi che non possono intentare l'azione di nullità del matrimonio del loro autore possono almeno proseguitarla se lo sposo violentato o indotto in errore dopo averla introdotta è morto durante l'istanza? Affermativamente risponde il DUPLESSIS in base alla teoria del quasi-contratto giudiziale.

Siffatte ed altre questioni che nel diritto odierno vengono talora ricondotte agli effetti della contestazione della lite, se sono in realtà affatto indipendenti quanto vi erano connesse nel diritto romano a meno che, mantenendo il concetto del quasi-contratto giudiziario, non si voglia retrotrarre la contestazione della lite ad un momento assai diverso dalla iscrizione della causa a ruolo rimasta ferma o, nell'opinione nostra,

b) la contestazione della lite non è più presso di noi un atto bilaterale, ma un semplice atto unilaterale del convenuto. Finalmente

c) non vi è più bisogno oggigiorno di una speciale dichiarazione delle parti di voler continuare il processo come è stato iniziato e di voler rimaner soddisfatte della cognizione, perocchè l'effetto della pendenza della lite è già conseguenza di una citazione opportunamente insinuata. Da questo momento in poi, secondo la *Olem. 2 Ut lite pendente nihil innovetur* non possono esser introdotte novità, ma deve esser lasciato il suo corso al processo in quel modo che è stato cominciato. Come non può quindi il convenuto alienare la cosa su cui è accampata la pretesa o farvi altre modificazioni, così non può aver luogo un cambiamento del sito del giudizio ²⁰⁾. Finalmente perchè il convenuto faccia la prestazione di ciò a cui è

²⁰⁾ Cap. 19 X *De foro competente*, vedi questo *Commentario* lib. II § 236 d. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4350. — WINCKLER, cit. *Diss.* sect. III § 5.

dalle conclusioni di causa. Taluno poi, come il DEMOLOMBE, *Tr. du mar. et de la sép. de corps* I n. 259 II n. 429 *Donat.* III n. 679, non solo ripudia l'idea del quasi-contratto, ma anche l'applicabilità odierna della massima *omnes actiones* ecc. Eppure in singoli casi, come nella questione per ultimo ricordata, ammette la trasmissibilità agli eredi dell'azione di nullità intentata dall'uno dei coniugi contro l'altro.

Così disputato è l'argomento per ciò che riferisce alla trasmissibilità dell'azione civile *ex delicto* già intentata; ma vi è da credere che, se promossa, trasmettasi sempre agli eredi e contro gli eredi. Cfr. art. 5 del *cod. pen. sardo*. Non si confonda la vera e propria pena, benchè pecuniaria, con la responsabilità civile del delinquente. CARRARA, *Progr.* § 647. Cfr. tuttavia l'art. 134 del ricordato Codice e su esso il SALVIOLI, *Riv. it. scienze giur.* II p. 205. Anzi secondo lui (p. 208-209) l'azione civile per la riparazione del danno causato dal delitto è omai nelle legislazioni moderne « puramente e semplicemente azione creditoria » non subordinata alla condizione della lite contestata.

Si vede così come l'argomento degli effetti della *litis contestatio* nel diritto odierno abbisogni di un diligente esame: già nel diritto giustiniano taluni effetti in antico propri di essa erano stati revocati ad altri momenti del processo. Il diritto odierno ha proceduto oltre in questa via: per salire ad una costruzione rigorosamente scientifica sarebbe d'uopo diffonderci oltre ciò che è possibile in una nota, nell'esaminare minutamente quanta parte del concetto romano della *l. c.* sia tuttora viva nel diritto odierno. Cfr. come ottimo punto di partenza per istabilire il diverso momento onde nel diritto odierno scaturiscono taluni effetti derivanti nel diritto classico dalla *l. c.* la splendida analisi del SAVIGNY, *System* VI § 279.

stato condannato non vi è bisogno del suo consenso, ma può esservi costretto contro la sua volontà. Per lo contrario

2. oggigiorno pure hanno luogo gli effetti della novazione. WINCKLER ²¹⁾ nega, a dir vero, che mediante la odierna contestazione della lite possa essere effettuata una novazione perchè questa era soltanto una conseguenza del quasi contratto. Ma egli pure non può negare che anche secondo l'odierno uso del foro abbiano luogo tuttora le conseguenze della novazione. Quando pertanto oggi giorno pure già per mezzo della citazione è interrotta la prescrizione, i nostri pratici giuristi ²²⁾ sono concordi nel ritenere che le azioni vengono anzitutto perpetuate mediante la contestazione della lite e che quelle azioni le quali diversamente estinguonsi con la morte dell'attore o del convenuto, anche oggigiorno solo dopo l'impegno si trasmettono agli eredi.

§ 504.

Ha luogo tuttora un cambiamento dell'azione dopo la contestazione della lite? Differenza tra cambiamento, miglioramento e dichiarazione dell'azione ^{a)}.

Tra i principali effetti della contestazione della lite si enumera d'ordinario anche quello che dopo la medesima non può aver luogo

²¹⁾ *Diss. cit. sect. III § 2.*

²²⁾ CARPZOW, *Jurisprud. for. parte IV Const. XLVI Def. 6 e Respons. iuris lib. III tit. IV Respons. 38.* — BERGER, *Oecon. iuris lib. II tit. II § 26 nota 13.* — MEVIUS, tom. II parte VI decis. 316. a PUFFENDORF, *Observat. iur. univ. tom. IV obs. 94.* — KIND, *Quaestion. for. tom. I cap. 69.* — HOFACKER, *Princip. iur. civ. tom. III p. 4385.* — DANZ, *Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes § 38,* e HÖPFNER, *Commentar über die Institutionen § 987 n. 4 e nota 4.*

^{a)} Cfr. BAYER, *Ueber die Aenderung des Klagbells,* Landshut 1819. — BUCHKA, *Einfluss des Proc. II p. 82, 84-83.* — PLANCK, *Die Lehre vom Beweisurtheil p. 346-55.* — BOLGIANO, *Zur Lehre vom Klagänderung nach gem. Processr. in Arch. f. civilist. Praxis X N. F. p. 252-72* [importante monografia che contiene una esposizione ed una critica della dottrina della mutazione dell'azione secondo il diritto comune]. — KLEINSCHROD,

alcun cambiamento dell'azione. Intendasi che avvenga cambiamento dell'azione quando è totalmente sostituito un altro motivo di azione o, pur mantenuto il motivo dell'azione, questa è diretta ad altro oggetto. Tal cambiamento dell'azione è senza dubbio permesso prima della contestazione della lite, quando le spese vengono rimborsate; dopo non ha più luogo, ma l'attore deve lasciar cadere l'azione promossa, indennizzare il convenuto delle spese e cominciare di nuovo il processo. Imperocchè una nuova azione, dice il nostro autore, richiede un nuovo impegno; dal momento che questo si è verificato, non può essere nuovamente preteso nell'istesso processo. Altra cosa è se l'azione vien semplicemente migliorata o dichiarata. Avviene un miglioramento dell'azione, quando tutto ciò che in precedenza fu fatto rimane essenzialmente e viene soltanto cambiata una inesattezza incorsa nel libello o vien posteriormente messa in rilievo una obbligazione accessoria. Per esempio, quando l'attore corregge un errore incorso riguardo all'ammontare del credito domandato, o riguardo alle specie di moneta domandata, o riguardo al tempo della contratta obbligazione: ovvero pretende in seguito i frutti e interessi dimenticati nell'azione. Accade al contrario una dichiarazione dell'azione (*declaratio libelli*) quando l'attore precisa dipoi più da vicino, o più chiaramente spiega ciò che egli non espose nell'azione con sufficiente precisione. L'una e l'altra sono permesse prima e dopo la contestazione della lite, in quanto niente è ancora conchiuso nella causa principale. Tutto questo secondo l'odierno uso del foro non è soggetto di menomo dubbio²³⁾ a). Ma tanto più si disputa se e per

²³⁾ SCHAUMBURG, *Princip. praxis iurid. iud.* lib. I sect. 1 membr. 1 cap. 1 § 14. — *Ge. Lud. BOEHMER, Princ. iur. can.* § 750. — HOFACKER, *Princ. iur. civ.* tom. III § 4375. — CLAPROTH, *Einleitung in den ordentl. bürgerl. Process.* 2 Th. § 133. — DANZ, *Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Processes* § 487. — *Ferd. Gotth. FLECK, Diss. de discrimine inter mutationem et emendationem libelli*, Lipsiae 1790.

Ueber die Klagänderung nach gem. Proz. newest. Prozeßordn. und dem Code de proc. civ., Erlang. 1879 [libro ove troverai assai dettagliatamente svolto l'argomento e ricordate le opinioni che sul medesimo furono emesse dal XII Congresso dei giuristi tedeschi nel 1875].

a) Accenneremo nella nota seguente lo stato dell'odierno diritto dopo aver parlato,

quanto tempo sia permesso il cambiamento dell'azione secondo il diritto romano *). Che esso abbia luogo prima della contestazione della lite è chiaramente deciso nella *L. 3 Cod. de edendo*, ove di-

con un ordine inverso a quello del GLECK, delle questioni che presenta in proposito il diritto romano.

a) Fra i glossatori prevalse l'opinione che la *mutatio libelli* fosse ammissibile soltanto sino alla partecipazione dell'azione (*oblatio libelli*): appoggiava principalmente questa interpretazione la Novella 112 [Zach. 131] c. 3. Cfr. Glossa ad *L. 3 C. de edendo* 21 ad auth. *Qui semel* ed a § 35 I. *de act.* 4 6. Ma noi coi mezzi di cui disponiamo dobbiamo risalire al diritto classico e principalmente alla procedura *per formulas* durante la quale esso si svolse.

Con la *l. c.* la formula era divenuta omai immutabile. SENECA, *Ep.* 107 osserva: « iam primo vinculo tenentur et mutare illis formulam non licet ». Ciò appare ben tosto all'occhio dello studioso da tutto il sistema processuale del diritto classico: il KELLER. *Proc.* § 68 scrive: « Una mutazione della formula nel suo obiettivo contenuto senza *Translatio* [cambiamenti nelle persone che hanno preso parte al processo] è possibile soltanto con la via della *I. Im. R.º* ». Del resto, come a ragione nota il BUONAMICI, *Stor. proc. civ. rom.* I p. 278, con la *translatio iudicii* s'impetrano dal magistrato tutte quelle mutazioni che per avventura occorrono nei giudici, nelle parti, nei rappresentanti « pur restando intatta e valida ogni altra parte della formula ». Anche nel sistema della *extraordinaria cognitio* tali mutazioni furono possibili dopo la contestazione della lite per mezzo del magistrato: esse non debbono confondersi con una mutazione sostanziale della formula o, per dirla con frase più recente, del libello. Sarebbe il caso di chi oggi confondesse la *riassunzione d'istanza* (art. 332, 335 e seg. *Cod. proc. civ.*) con la mutazione dell'azione.

Tornando al processo formulare del diritto romano si ricordi che l'attore partecipava *in iure* al convenuto (*actionis editio*) la formula che sceglieva nell'albo del pretore, salvo ad impetrarne una nuova se pel suo caso non la riscontrasse nell'albo medesimo. Ma al ricevimento dell'azione partecipata, il convenuto non si è ancora impegnato nel giudizio da istruirsi secondo questa formula; così l'attore sino alla contestazione della lite poteva ritirare la sua azione e correggerla dei suoi difetti: anzi partecipare persino alternativamente due azioni essendo incerto per ora qual sia la giusta (RUDORFF, *Roem. Rechtsg.* II p. 229. — BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* II p. 214-15). Cfr. *L. 1 § 4 D. quod leg.* 43 3.

Se d'altra parte in materia di concorrenza di azioni non si può di fronte al diritto classico stabilire assolutamente la massima che la *l. c.* estingue l'una delle due azioni concorrenti sarebbe erroneo indurne che anche dopo la contestazione della lite è possibile mutare l'azione. La teoria delle azioni concorrenti non può essere costruita coi soli principii attinenti alla *litis contestatio*: è d'uopo invece distinguere i casi (SAVIGNY, *System V* § 235; ARNDTS-SERAFINI I 1 § 105 nota 4). Qualunque sia la dottrina che vogliasi accettare e comunque si legga il disputato *fr. L. 41 § 1 D. de O. et A.* 44 7 [su cui cfr. ARNDTS-SERAFINI *l. c.* nota 3] non si potrà mai dire che l'azione su cui è caduta la *l. c.* viene mutata dopo questa. La cit. *L. 41 § 1* così esprime: « Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus id consequatur » [secondo HESCHKE ed ARNDTS nihil consequatur]. Mantenendo pure inalterato il testo come ce lo offrono i ms. si può benissimo intendere (ARNDTS-SERAFINI I 1 § 105 nota 4) che l'attore il quale promosse una delle due azioni conseguia per of-

cesi: *Edita actio speciem futurae litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet, prout Edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit aequitas.* Le condizioni ivi addotte, come UGO DONELLO ²⁴⁾

²⁴⁾ *Comment.* ad L. 3 C. de edendo p. 10.

ficio del giudice anche quel soprappiù che è contenuto nell'altra. Il caso non può rientrare in alcuna guisa nel concetto di una mutazione dell'azione *post litem contestatam*; ma si spiega mediante l'*officium iudicis* e i relativi principii.

Dopo la contestazione della lite una *formula iniqua* vuoi per l'una, vuoi per l'altra parte non può essere mutata, come già fu detto, se non mediante la *in integrum restitutio*. Cfr. anche BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* II p. 514 che cita GAIUS, IV 57 125, L. 3 C. de edendo 2 1, L. un. C. de lit. cont. [tuttavia GAIUS, che è la fonte esplicita, parla della *in int. rest.* a favore del *reus* e conclude: « *facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus* »]. Ma l'attore fornito di un'azione diversa da quella su cui cadde la *l. c.* avrebbe potuto instaurare un nuovo *iudicium* sia dopo aver continuato quello già promosso in quanto questo non sia giunto a configurare contro la sua nuova domanda una *res iudicata*, sia abbandonando la lite salve le conseguenze della contumacia. Per l'un caso rimandiamo alla dottrina della *res iudicata*, per l'altro a quello della contumacia (Cfr. recentemente per questo secondo caso BUONAMICI, *Stor. proc.* I p. 577 e seg.).

Nel sistema procedurale della *extraordinaria cognitio* e particolarmente secondo il diritto giustiniano quali sono i principii riguardanti la mutazione dell'azione? Il GLÜCK rimane dubbioso se appunto nel diritto giustiniano la mutazione dell'azione non sia possibile anche dopo la *l. c.* Vi è motivo di credere che giuste siano le osservazioni del DONELLO, di GIPHANIUS, del VOLT, del WISSENBACH cui allude il GLÜCK. Io mi limito a riferire qui il risultato delle indagini diligentissime del BETHMANN-HOLLWEG, il quale scrive *Civilpr.* III, p. 245-46) a proposito del diritto giustiniano: « principii formalmente più liberi valgono anche riguardo ai difetti del libello, alle sue conseguenze e al suo miglioramento. La mutazione o il miglioramento dell'azione anche dopo la contestazione della lite e sino alla condanna, indipendentemente dalla condizione della *in integrum restitutio* si concedono ora dal giudice secondo il suo libero criterio, ecc. ». Questa è pure l'interpretazione che del diritto giustiniano fece il diritto comune. Anzi secondo il BONNIER, *Élém. de proc. civ.* n. 712 prima della codificazione non si riteneva inopportuno di concedere all'attore, almeno nel procedimento in prima istanza, di aggiungere a piacimento, quando volesse, ulteriori pretese: si credeva anzi opportuno che tutto quanto era controverso fra le parti venisse una volta in discussione evitando così ulteriori processi.

Ma la dottrina del diritto giustiniano sembrò ben presto soverchiamente larga e fu sostituita dall'altra che ascrive alla contestazione della lite l'effetto di vincolare l'attore al processo iniziato [così detta passiva obbligazione processuale dell'attore]; divenne opinione dominante di ammettere incondizionatamente prima della *l. c.*, solo condizionatamente dopo di questa, la mutazione dell'azione (BOLGIANO *l. c.* p. 254). Era in parte, come si vede, un inconsueto ritorno ai principii del diritto classico. L'opinione dominante è pur quella cui aderisce il GLÜCK; tuttavia neppure essa soprò le dispute. Alcuni dicono che la mutazione dell'azione (*mutatio libelli*) è ammissibile nello stesso processo prima della *l. c.*; ma dopo questa l'attore deve far cadere il processo iniziato e cominciarne un nuovo con la mutata azione. Altri molti, senza

giustamente osserva, consistono in questo che: 1. che l'azione cambiata sia di nuovo partecipata al convenuto e che a lui sia concesso un nuovo tempo a riflettere; e 2. che a lui debbono essere rimbor-

ulteriore distinzione sul modo della mutazione, sostengono che prima della *l. c.* la mutazione dell'azione è permessa senza il consenso del convenuto, che dopo la *l. c.* tal consenso è necessario. Cfr. BOLGIANO *l. c.* Tralasciamo altre opinioni che ritengono impossibile la mutazione dell'azione dopo la *l. c.*

Ma la contestazione della lite deve nell'odierno processo esser tuttora il momento dal quale ogni mutazione dell'azione è vietata? BOLGIANO *l. c.* p. 265 osserva che la *l. c.* malgrado le molte fasi che attraversò durante il corso delle età è rimasta sempre quella che fu in origine, cioè l'opinione delle parti espressa o risultante dalle circostanze di voler controvertere: onde la contesa è consolidata e le parti sono vincolate all'iniziato processo. Nello stesso senso KLEINSCHROD, *l. c.* p. 5. Al XII Congresso dei giuristi tedeschi, come questo A. c'informa, un membro propose che si adottasse la massima della inammissibilità della mutazione del fondamento dell'azione senza l'espresso o il tacito consenso dell'avversario dopo l'impegno nella lite; ma la proposta fu respinta. Nè in sostanza la questione fu risolta, approvando invece a grande maggioranza una proposta che nel suo intimo significato rilascia inappellabilmente al subiettivo criterio del giudice il decidere sull'ammissibilità della mutazione dell'azione.

Secondo il § 240 dell'ordinamento tedesco del processo civile una mutazione dell'azione si verifica quando sia cambiato il fondamento dell'azione: il convenuto (§ 241) può opporsi ad una siffatta mutazione e sorge così un incidente deciso inappellabilmente dal giudice (§ 242). Ma il convenuto (§ 235 n. 3) può consentire in dati casi la mutazione dell'azione.

Si come la legge tedesca non indica che cosa sia fondamento dell'azione (*Klaggrund*), così spetta al diritto privato il determinare questo concetto e stabilire quando si verifichi una mutazione dell'azione. Tale è la dottrina del KLEINSCHROD o. c. p. 7, 18, 20-66, che ha importanza anche secondo il nostro *Codice di proc. civ.* art. 134, n. 2 in quanto si riferisce al fondamento dell'azione. Di fronte al diritto romano e in specie al diritto classico noi non abbiamo più quella esatta individualizzazione procedurale dei rapporti giuridici che veniva assicurata dalle formole e dalle azioni aventi un tipo preciso e prestabilito. Invero nel processo odierno l'attore deve semplicemente esporre l'oggetto della domanda e il fondamento su cui l'appoggia; nè la definizione di un'azione dipende oggi dal nome dato dalle parti o dal modo con cui l'abbiano esplicita, dovendosi invece ricercare nella sua natura e nello scopo che con essa si vuol raggiungere [Cfr. esattamente in questo senso Cass. Torino 12 maggio 1885, *Ann. giur. ital.* 1885 I 1 p. 444]. Onde la necessità d'analizzare e d'individualizzare la pretesa giuridica, sia che si tratti di una temuta mutazione di essa, sia che trattisi di asserita concorrenza delle azioni [Cfr. egregiamente ARNDTS-SERAFINI I, 1 § 105 nota 4], sia che vogliasi giudicare dell'esistenza di una *exceptio rei iudicatae* [KLEINSCHROD, *Proz. Consumt.* p. 199].

Tornando alla nostra domanda è molto disputabile se si possa ancora annoverare fra gli effetti della *l. c.* il divieto di mutare l'azione. Per quanto BOLGIANO *l. c.* si riferisca ancora alla contestazione della lite, ei stesso confessa che omai la litispendenza deriva semplicemente dalla insinuazione dell'azione. E ben vero che KLEINSCHROD, *Ueber die Klagänderung* p. 24 pone la regola: dopo la contestazione della lite i cambiamenti che si verificano nell'azione non possono essere di tale ampiezza da

sate le spese. Se poi il diritto romano permetta il cambiamento dell'azione *in eodem iudicio* anche dopo la contestazione della lite è molto dubbio. Se si unisce alla citata L. 3 la *L. un. C. de lit cont.* la

mutare l'identità del fondamento dell'azione, ossia da mutare il contenuto della cosa nelle sue parti essenziali. Ma sarebbe errore anche nel suo concetto riferirsi ad una *l. c.* nel significato del diritto romano, poichè il fondamento dell'azione già risultante dal libello comunicato al convenuto deve restare immutabile, salvo che il convenuto stesso non consenta una mutazione dell'azione [cfr. *ivi* p. 32].

Quanto al sistema del codice di procedura civile francese il KLEINSCHROD o. c. p. 80 seg. osserva che sebbene in nessun articolo sia espressamente vietata la mutazione dell'azione, tale divieto risulta dalle tre seguenti massime processuali che sono fondamentali: 1.^a la citazione deve contenere l'oggetto della domanda, l'esposizione sommaria dei fondamenti su cui viene appoggiata; 2.^a niuna domanda principale introduttiva d'istanza fra parti capaci di transigere e intorno a oggetti che possono esser materia di transazione può esser ricevuta dai tribunali di prima istanza senza il precedente tentativo di conciliazione onde non può esser mutata l'azione, giudicando diversamente il tribunale sopra una domanda che sarebbe sfuggita al tentativo di conciliazione; 3.^a non può essere presentata in sede di appello alcuna nuova domanda a meno che non si tratti di compensazione o che la nuova domanda non sia la difesa dell'azione principale.

A coloro che credono alla sostanziale diversità fra l'odierno diritto e il diritto romano e ritengono questo prevalentemente materia storica, sembrerà paradossale l'osservanza che anche nella materia processuale, per l'interesse stesso della speditezza degli affari, della precisione dei giudicati, dei diritti delle parti litiganti l'assemblea costituente francese tornava a quel rigore del processo civile che è proprio del sistema formulare romano e rispetto al quale i §§ 34, 35 I. *de action.* avevano configurato, come sembra, una palese violazione. L'osservazione non sfuggì al KLEINSCHROD, il quale, o. c. p. 91, scrive: « l'azione francese assomiglia molto alla formula romana portata dinanzi all'*iudex* ». Ma nel sistema francese riguardo alla mutazione dell'azione, la *editio actionis* ha quell'effetto che nel diritto romano classico era proprio della *l. c.* Tale in sostanza è pure il sistema seguito dal nostro legislatore. Ma il rigore non deve essere esagerato sino a credere che oggi non sieno possibili quei miglioramenti e quelle dichiarazioni dell'azione promossa cui allude il GLÜCK. Il CARRÉ, *Le lois de la proc. civ.* 13 éd. par CHAUVEAU I, p. 9, insegna che l'azione può essere « étendue, expliquée, développée, puisque la citation n'a dû l'énoncer que d'une manière sommaire » purchè sotto pretesto di svolgerla o dichiararla non se ne cambi « la nature et la base ». Così siamo tratti anche di fronte al sistema nostro a vedere se la pretesa giuridica è sostanzialmente mutata, il che sarebbe inammissibile.

Quantunque nel sistema procedurale francese le massime contrarie ad una *mutatio libelli* sieno chiare, non è raro riscontrare nella giurisprudenza francese questioni ad essa relative, principalmente perchè, come fu osservato a ragione [KLEINSCHROD, o. c. p. 91; JONAS, *Stud. aus dem Gebiete des französ. Civilr. und Civilprozess.* p. 212], non essendovi nel diritto giudiziario francese possibilità di appellare dai tribunali civili di prima istanza se la causa non sorpassa per mobili il valore di L. 1500 e per gli immobili l'annua rendita di L. 60, cresce l'ardore dei patrocinatori di raggiungere il desiderato scopo mediante la presentazione di nuove domande. Ma tal limite all'appello non derivante dal diritto romano, nè dal diritto canonico è scomparso dalla nostra legislazione (MATTIROLI, *Dir. giur.* IV n. 327 seg.).

quale, come in altra occasione è stato osservato, appartiene originariamente a quella, e l'una e l'altra hanno formato una costituzione, sembra che debbasi rispondere negativamente. Invero dal congiungimento dei due passi scaturisce che gl'imperatori SEVERO e ANTONINO vogliono indicare la differenza *inter litem contestatam et editam actionem* principalmente riguardo al cambiamento e al miglioramento dell'azione, come anche GERARDO NOODT²⁵⁾ ha osservato. Ora dicono essi: *Inter litem contestatam et editam actionem permultum interest* ed osservano soltanto a proposito di questo stadio che è permesso cambiare e migliorare l'azione, *quia edita actio tantum speciem futurae litis demonstrat*. Dà un altro appoggio a questa opinione la natura della contestazione romana della lite, mediante la quale le parti erano vincolate *quasi ex contractu* a continuare e finire il processo così come fu cominciato. A quella guisa pertanto che nessuna delle parti può contro la volontà dell'altra recedere da un concluso contratto, così l'attore, contro la volontà del convenuto, non può sostituire una nuova azione. Ancor più conferma questa opinione l'antica forma romana del processo, secondo la quale la causa dopo la contestazione della lite era rimessa ad un *iudex pedaneus*. Ma questi doveva attenersi alla sua istruzione (*formula iudicii*) e non potea conoscere di verun'altra azione, da quella infuori contenuta nella formula del pretore, sia che l'azione fosse *strioti iuris*, sia fosse *bonae fidei*. Ciò insegna GIAVOLENO²⁶⁾, che a proposito di un'azione divisoria dice: *ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest*. Per questi motivi la maggior parte dei giureconsulti²⁷⁾ sostiene che anche il diritto romano non ammettesse dopo la contestazione della lite alcun cambiamento dell'azione nella stessa istanza, ma che l'attore dovesse incominciare

²⁵⁾ *De iurisdictione et imperio* lib. I cap. 13 p. 111.

²⁶⁾ L. 18 D. *communi divid.*

²⁷⁾ Si veggia NOODT, c. 1. — HUBER, *Praelect. ad Pand.* lib. II tit. XIII § 11. — EV. OTTO, *Commentar. ad § 35 I. de actionibus.* — IO. GUIL. MARCKART, *Interpret. receptar. iur. civ. lection.* lib. I cap. 17. — VINCKLER, *cit. Diss. de discrimine L. C. iure vet. et hod.* sect. II § 6 p. 40. — DE COCCEJI, *Ius civ. controuv. tit. de edendo* qu. 6. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4375 etc.

un nuovo processo e rimborsare al convenuto tutte le spese cagionate dall'azione invano sperimentata, quantunque egli del resto potesse esercitare la nuova azione appunto innanzi al giudice. Si cerca di rafforzare ciò specialmente con le parole di PAOLO ²⁸⁾, che dice: *Non potest videri in iudicium venisse id quod post iudicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est.* Ma a questi motivi DONELLO ²⁹⁾, GIPHANIUS ³⁰⁾, VOET ³¹⁾ e WISSENBACH ³²⁾ hanno saputo addurre tanto in contrario che non ci dobbiamo maravigliare se molti giureconsulti sostengono che secondo il diritto romano fosse permesso il cambiamento dell'azione senz'alcuna differenza sia prima, sia dopo la contestazione della lite, e cioè nel medesimo processo ³³⁾. La maggiore difficoltà proviene indubbiamente dal § 35 I. *de action.* dove GIUSTINIANO dice: *Si quis aliud pro alio intenderit; nihil cum periclitari placet sed in eodem iudicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: velut, si is, qui hominem stichum petere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento sibi dare oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.* Che GIUSTINIANO abbia voluto ordinare qualche cosa di nuovo, come sostiene JANUS a COSTA, il quale perciò legge *permittimus* invece di *permittitur* non è credibile, poichè anche PAOLO ³⁴⁾ ritiene permesso il cambiamento dell'azione in quanto il processo non sia ancora terminato. *Si detracta noxae deditioe,* dice questo giurista, *quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius absolute facta et finito iudicio amplius agendo cum noxae deditioe, exceptione rei iudicatae summovebitur: quia res in superius iudicium deducta, et finita est. Donec autem prius iudicium agatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem cau-*

²⁸⁾ L. 23 D. *de iudiciis.*

²⁹⁾ *Commentar.* ad L. 3 Cod. *de edendo.*

³⁰⁾ *Explanat. difficilior. ac celebrior. Legum Cod.* ad L. 3 Cod. *de edendo* p. 34 e seg.

³¹⁾ *Comment. ad Pandect.* lib. XII tit. XIII § 9.

³²⁾ *Exercitat. ad Pandect.* parte I disput. VIII § 20.

³³⁾ VINNIUS in *Comment.* ad § 35 I. *de actionib.* — IANUS a COSTA in *comment. ad eund.* § 35 I. *Pet. de GREVE, Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit.* VII § 9, e IO. ORTUS. WESTENBERG, *Princip. iuris. sec. ord. Dig.* lib. II tit. XIII § 12.

³⁴⁾ L. 4 § 3 D. *de noxal. act.*

sam transire. Contra quoque, si cum eo, qui scit, cum noxae deditioe actum sit: amplius in dominum, detracta noxae deditioe, danda actio non est. In ipso autem iudicio, si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus. Altri ³⁵⁾ vogliono quindi intendere questi passi nel senso che l'attore per cambiare l'azione abbia dovuto chiedere la reintegrazione nel pristino stato; e poichè questa restituzione oggi-giorno non è più necessaria non si possa più fare uso della disposizione del diritto romano ³⁶⁾. Ma in contrario il VOET ³⁷⁾ ha già ricordato, certo non senza fondamento, che in alcuno dei citati passi non è parola di una pretoria reintegrazione nel pristino stato. Così poco si può dunque togliere anche in questo modo la difficoltà, come quando altri ³⁸⁾ vogliono spiegare le parole di GIUSTINIANO *in eodem iudicio* nel senso che la nuova azione cambiata possa venir sperimentata *apud eundem iudicem*. Imperocchè colui che conosce il significato romano della parola *iudicium* (§ 495) non può dar torto al WISSENBACH ³⁹⁾ quando dice questa interpretazione una *violenta interpretatio*. La cosa rimane quindi dubbiosa in diritto romano.

§ 505.

Persone principali del processo. Requisiti principali del giudice.

Le persone principali che ricorrono nel processo sono:

1. le parti litiganti, cioè l'attore e il convenuto. Il primo è quegli che servendosi di un mezzo giuridico giudiziale sperimenta il suo diritto contro un altro, di guisa che mediante ciò porta anzitutto la causa davanti al giudice e pretende dal medesimo che lo appoggi nel suo diritto, condannando l'avversario. Nelle cause som-

³⁵⁾ NOODT, *De iurisdicte*. lib. I cap. 13 p. 111. — WINCKLER l. c. — HOFACKER, l. c.

³⁶⁾ de COCCEJI, l. c. — EMMINGHAUS *ad eundem* nota e.

³⁷⁾ Cit. loc. p. 123.

³⁸⁾ HUBER, *Praelect. ad institut.* lib. IV tit. 6 § 35 p. 511, e MARCKART, cit. *Interpretat. receptar. iur. civ. lection.* lib. I cap. 17 p. 117.

³⁹⁾ *Disputat. ad Institut. Disput.* XLVI § 80.

marie è detto implorante od anche impetrante. Il convenuto invece è quegli contro cui vien promossa l'azione o contro cui l'attore giudizialmente eleva la sua pretesa: dicesi nel processo sommario implorato o anche impetrato. Talora possono ambedue le parti nello stesso processo essere attore e convenuto. Questo è il caso degli *iudicia duplicia*, per esempio, nelle azioni divisorie (§ 716)⁴⁰). Le parti debbono del resto avere la capacità di stare in giudizio (*iustam personam standi in iudicio habeant*) di cui io parlerò più diffusamente nel § 529^a).

2. Il giudice. Intendesi con questo nome quella persona che è costituita per la cognizione e la decisione dei controversi oggetti giuridici. Questo è scelto mediante compromesso delle parti o co-

⁴⁰) L. 2 § 3 *fam. excois.* [10 2].

^a) L'attore ed il convenuto possono essere tanto persone fisiche quanto persone giuridiche. Eleganti questioni sorgono rimpetto all'antico diritto romano intorno alla rappresentanza in giudizio delle persone giuridiche [Sulle persone giuridiche pubbliche (*populus, municipium*) come subietti di diritti privati e sulle corporazioni volontarie cfr. PERNICE, *M. Ant. Labeo* I, p. 254-309]. GAIUS IV 82 insegna: « *cum olim quo tempore legis actiones in usu fuissent alieno nomine agere non liceret praeterquam ex certis causis* ». Così il KRÜG e lo STUDEM; ma HUSCHKE e BÖCKING sciolgono appoggiandosi al pr. I. *de is per quos* 4 10 le parole gaiane « *prope q. exceptis o.* » nel seguente modo: « *nisi pro populo, et libertatis causa* ». Si aveva di già la figura di un *actor civitatis*? Si può far rimontare l'*actio popularis* di carattere procuratorio al periodo delle *legis actiones*? Cfr. sull'argomento ZIMMERN, *Gesch.* III § 155. — PUCHTA, *Inst.* I § 156. — BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* I § 33 II § 81 nota 47. — RUDORFF, *Roem. Rechtsg.* II § 26 nota 6. — KARLOWA, *Der röm. Civilpr. zur Zeit der Legisakt.* p. 354. — KELLER, *Proc.* § 54 nota 629, e per le azioni popolari BRUNS, *Zeitschr. f. Rechtsg.* III p. 369 XII p. 134 [vers. SCIALOJA, *Arch. giur.* XXVIII p. 212 sg.]. Secondo il VOIGT, *Die XII Taf.* II p. 747, così la *sodalitas*, la *gens* come il *populus* non sarebbero stati ravvisati in antico quali subietti di diritto al pari dell'individuo: un *lege agere pro sodalitate* sarebbe stato sconosciuto all'antico diritto: avrebbe figurato piuttosto il magistrato, salva a lui la rivalsa contro la corporazione.

Pel diritto classico la possibilità delle persone giuridiche di stare attivamente e passivamente in giudizio è espressa nella L 7 D. *quod cuiuscumque* 3 4.

Quanto al nostro diritto per ciò che riferisce al caso che attore o convenuto sia una persona giuridica od una amministrazione dello Stato, cfr. MATTIROLO, *Dir. giurid.* II n. 21 seg. Invero nel diritto amministrativo lo Stato si presenta come persona o corpo morale che fa atti civili e commerciali: sebbene questa talora possano essere regolati da leggi speciali, serbano il loro carattere giuridico civile e commerciale [FERRARIS, *Saggi di economia, statistica, scienza dell'amm.* p. 50-51]. Cfr. anche in tale argomento MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile* I. p. 176 sg.

stituito dalla pubblica autorità. Nel primo caso è un arbitro, *arbitrator*, ovvero *iudex compromissarius* ⁴¹⁾; nel secondo caso tale persona che per pubblica autorità prende cognizione dei controversi obietti giuridici e li decide, è detto giudice, ovvero *iudex* in senso proprio ⁴¹⁾. Un tal *iudex* era da prima presso i Romani od un *magistratus populi romani* od un *iudex pedaneus* secondo che egli all'esercizio della giurisdizione era autorizzato dallo Stato stesso, ovvero era stato costituito da un magistrato per la cognizione e la decisione di una controversia a lui rimessa mediante una determinata formula. Che nelle leggi romane anche i *magistratus populi romani* non raramente vengano detti *iudices* è stato già osservato in più occasioni ⁴²⁾. Siccome tuttavia la differenza tra *magistratus et iudex pedaneus* nel nuovo diritto romano è abolita ⁴³⁾, vien detto oggigiorno giudice colui che mediante un pubblico ufficio esercita la giurisdizione.

I requisiti principali di un giudice sono:

1. ch'egli abbia capacità di conoscere e decidere controversie giuridiche (*habilitas*),
2. ch'egli sia persona provveduta di cognizioni di diritto, amante della verità e da cui si possa attendere una imparziale amministrazione della giustizia (*integritas*),
3. ch'esso abbia giurisdizione così sul convenuto che vien citato innanzi a lui, come nella causa cui si riferisce la contesa (*competentia iudicis*).

⁴¹⁾ L. 78 D. h. t. dice perciò: *Iudicare munus publicum est.*

⁴²⁾ Anche nella L. 1 D. h. t. vien detto *Iudex* ognuno *qui Tribunali praeest, vel alium iurisdictionem habet.* Si veda anche la L. 4 § 1 D. *de interr. in iure fac.* [11 1] e *Io. WYRO* lib. sing. *de interrogationibus in iure* (Lugd. Batav. 1732) cap. V pag. 62 e seg.

⁴³⁾ Si veda la 3.^a parte di questo commentario § 190. Mediante la L. 2 C. *de pedan. iud.* [3 3] non venne tuttavia interamente abolito il *mos iudicum dandorum.* — V. NOODT, *de iurisdic.* lib. 1 cap. 15 pag. 116.

^{a)} Degli arbitri il nostro autore ha già parlato nel vol. III § 190 e nel vol. VI § 475. Qui ci limitiamo a ricordare che anche nel nostro diritto l'*iudex compromissarius* procede ad un vero e reale giudizio: nell'arbitrato si riscontrano i tre elementi essenziali di ogni giudizio e cioè: 1.^o due o più parti contendenti; 2.^o una cosa controversa; 3.^o un giudice competente, *Cod. proc. civ.* art. 8-34. MANFREDINI, *Progr. del corso di dir. giud. civ.* I § 15-24.

§ 506.

I. *Chi è incapace all'ufficio di giudice? ^a*.

Sono incapaci all'ufficio di giudice tutti coloro che per un difetto fisico o morale non possono esercitarlo ⁴⁴). In questa condizione trovansi sordi, muti, pazzi e furiosi secondo il diritto romano ⁴⁵), e cioè: solamente coloro che lo sono in permanenza; ma oggigiorno anche coloro che hanno lucidi intervalli ⁴⁶). Inoltre i ciechi. Veramente un giudice non vien privato del suo ufficio perchè è diventato cieco, ma deve far compiere per mezzo di un rappresentante quegli atti che richiegono la vista od una ispezione oculare ⁴⁷). Ma chi è già cieco non viene innalzato all'ufficio di magistrato o di giudice ⁴⁸). La eccezione che il diritto romano ⁴⁹) fa a proposito di un *iudex*

⁴⁴) MALBLANC, *Conspectus rei iudicariae. Rom. Germanicae* (Norimb. et Altdorf, 1799, 8) sect. II cap. II § 135.

⁴⁵) L. 12 § 2 D. h. t. dice: *perpetuo furiosus*.

⁴⁶) Secondo il diritto romano anche un pazzo, quando aveva lucidi intervalli, poteva dal pretore essere costituito giudice anche nel tempo in cui era *furiosus*. La decisione ch'egli faceva era valida dopochè egli riacquistava nuovamente l'intelletto. Questo è il senso della L. 39 pr. D. h. t. nella quale Io. JENSICUS, in *Strictur, ad Rom. iuris. Pandect.*, pag. 29 e seg. trova qualche cosa di assurdo e vuol quindi far correzioni; ma senza sufficiente motivo, come BACH, nella *unpartheisch. Kritik über jurist. Schriften* I pag. 184 ha dimostrato. Secondo il diritto odierno non si può tuttavia far uso di questa legge. — MALBLANC, cit. *Conspect.* § 137. — LAUTERBACH, *Colleg. Pand. h. t.* § 35 e DANZ, *Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes* § 24.

⁴⁷) L. 1 § 5 D. *de postul.* [3 1]. — WERNHER, *Observat. for.* tom. I parte. III Obs. 31. — Frid. Henr. Max. KERSTEN, *Diss. de visu privatis eorumque iuribus*, Lipsiae 1778 § 8.

⁴⁸) STRYK, *Tr. iure sensuum*. Diss. II, cap IV n. 7 e seg.

⁴⁹) L. 6 D. h. t. *Cocus iudicandi officio fungitur*. Molti giureconsulti credevano tuttavia che ciò sia cambiato per la L. 2 e 3 C. *de sentent. ex peric. recit.* [7 44]. — Vedi LAUTERBACH, h. t. § 35 in fin. e HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4180.

^a) Presso di noi la materia della capacità ad assumere le funzioni di giudice ne vari gradi della giurisdizione è minutamente regolata dalla legge sull'*ordinamento giudiziario* 6 dicembre 1865 salve le modificazioni apportate dalla legge 23 dicembre 1875 n. 2839, serie 2.^a.

pedaneus non ha più luogo oggigiorno. Così pure, secondo il diritto romano nessuno può essere costituito *iudex pedaneus* sotto i diciotto anni ⁵⁰⁾; ciò, secondo il diritto canonico, ha luogo anche riguardo agli *iudices delegati* quando la delegazione deriva da altri che non sia il signore del luogo ⁵¹⁾. Se, al contrario, trattasi d'individuo che ha superato i diciotto anni, ma che è inferiore ai venti, soltanto dietro accordo delle parti può essere costituito giudice nella loro controversia ⁵²⁾. Tuttavia lo Stato non ha riguardo ad alcuna determinata età, sìvvero semplicemente alla idoneità. Quando pertanto esso impartisce l'ufficio di giudice ad un minore, questi può validamente esercitare la sua giurisdizione in tutte le cause dei sottoposti al suo tribunale ⁵³⁾. Incapaci sono inoltre le persone prive di onore, quelle ignare del diritto e le donne ^{a)}. Non fa eccezione la giurisdizione patrimoniale, come erroneamente crede il nostro autore. Poichè se questa segue ogni possessore insieme al patrimonio cui collegasi e quindi può spettare come un diritto anche a quelle persone le quali non hanno i requisiti richiesti per esercitare l'ufficio di giudice, tuttavia essa non può essere esercitata se non da quelle persone che sono idonee all'ufficio di giudice ⁵⁴⁾.

50) L. 57 D. *de re iudicata* [42 1].

51) Cap. 41 X *de offic. et pot. iud. del.*

52) HOFACKER, c. I. § 4181, e MALBLANC, cit. *Conspect.* § 137.

53) L. 57 D. *de re iudic. Certe si magistratum minor gerit. dicendum est, iurisdictionem eius non improbari. Princeps enim, qui ei magistratum, omnis genere decrevit.*

54) SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.* cap. II gener. § 9. — DANZ, *Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes* § 24 nota c.

a) PAOLO L. 12 § 2 D. *de iud.* 5 1 distingue tre classi di motivi di assoluta incapacità all'ufficio di giudice e cioè: incapaci *natura* [sordi, muti, perpetuamente furiosi, imuberi, ma non i ciechi]; *moribus* [donne e schiavi] *lege* [*sonatu moti*, cioè *inter aerarios relati*]. La pratica fissò il requisito dell'età di anni diciotto. KELLER, *Proc.* § 11. L'art. 10 del nostro *Cod. di proc. civ.* vieta alle donne di fungere da arbitro: a più forte ragione è ad esse preclusa la via all'ufficio di giudice stabile: recentemente fu loro negata [ma in diritto ciò è molto discutibile e controverso come puoi vedere anche in questo *Comm.* lib. III p. 7 nota b del trad. FERRINI], fra noi l'iscrizione nel consiglio dell'ordine degli avvocati dalla Corte Suprema di Torino con sentenza 18 aprile 1884 (*Monit. trib.* XXV p. 404), onde non possono dall'esercizio della professione passare alla magistratura in quei casi in cui appunto l'ordinamento giudiziario prende a base l'esercizio della professione.

§ 507.

II. *Da chi si può attendere un imparziale giudizio ? ^{a)}*.

Il giudice inoltre non deve essere in tale rapporto con la controversia o con le parti litiganti, che sia da temere una dannosa influenza sul giudizio. Quindi

1. nessuno può essere giudice in causa propria ⁵⁵⁾. Tuttavia una causa può essere considerata come propria del giudice soltanto quando egli per l'esito del processo ha un immediato vantaggio o svantaggio per la sua persona ⁵⁶⁾. In niuna guisa però sono da considerarsi tali quelle nelle quali il giudice, come dovere e coscienza richiedono, cerca di tutelare solamente i diritti e la dignità dell'ufficio a lui confidato ⁵⁷⁾. Così si spiega perchè il giudice stesso conosce delle addotte eccezioni d'incompetenza ⁵⁸⁾ e può punire le ingiurie ricevute nell'esercizio del suo ufficio ⁵⁹⁾.

2. Nessuno può giudicare pei suoi genitori, per la sua moglie,

⁵⁵⁾ L. un. Cod. *ne quis in sua causa iudicet*. [3 5]. — *Ge. Christ. WOELHER, Diss. de iudice in propria causa*, Altdorf 1709.

⁵⁶⁾ L. 1 § 11 D. *quando appelland. sit* [49 4]. *Palam est eam esse propriam causam cuius emolumentum vel damnus ad aliquem suo nomine pertinet*.

⁵⁷⁾ *de COCCEJI ius civ. contrav.* lib. II tom. 1 Qu. 8. *Except. 2*.

⁵⁸⁾ L. 2 § 6 L. 5 D. h. t. L. 2 pr. D. *Si quis in ius voc. non ier.* [2 5]. — *VOET, ad Pand. Tit. de iurisdic. § 51*. — *ZEIGLER* fa una eccezione in *Dicastice Concl. XII § 32* per la giurisdizione patrimoniale. Si veda tuttavia *Io. Henr. BERGER, Disp. de potestate personae publicae in se ipsam*, Vitemb. 1692 Th. 58.

⁵⁹⁾ L. 33 D. *de iniur.* [47 10] Cap. 1 *de poenis* in 6.^{to} — *VOET ad Pand. h. t. § 2* — *Io. Henr. BERGER, Disp. cit. de potestate personae publicae in se ipsam* Th. 52 e seg. — *LEYSER, Meditat. ad Pandect. vol. II specim. LXVIII med. 6* e *SCHORCH, Nova Collect. Responsor. et sentent. select. Facult. iurid. Erfordiens. n. VI*.

^{a)} Sull'argomento di questo paragrafo torneremo parlando dei motivi di riconsuazione del giudice.

per i suoi figli od altri prossimi parenti e cognati, e neppure pel servo di casa.

a) Nelle cause criminali ciò viene espressamente proibito dalla legge Cornelia, intorno alle ingiurie, *qua lege cavetur*, come dice ULPIANO ⁶⁰⁾, *ut non iudicet, qui ei qui agit gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propriusve eorum quemquam ea cognatione affinitate contingat.*

b) Anche in cause civili ciò non è ammesso, come egualmente ULPIANO ⁶¹⁾ insegna: *qui iurisdictioni praeest, neque sibi ius dicere debet, neque uxori, neque liberis suis, neque libertis vel caeteris, quos secum habet.*

Soltanto ha luogo una eccezione quando taluno volontariamente fa valere il suo diritto presso un giudice che trovasi col suo avversario in quel rapporto di parentela o di cognazione ⁶²⁾. In questo caso il figlio stesso può ritenere qual giudice per la propria obbligazione il padre, al pari di ogni altro, anche quando egli è tuttora sotto la patria potestà di lui ⁶³⁾. E siccome sugli uffici pubblici del figlio non hanno alcuna influenza i rapporti privati e famigliari di lui ⁶⁴⁾, anche il figlio poteva essere costituito *iudex pedaneus* nelle cause del padre e il padre nelle cause del figlio ⁶⁵⁾ ^{a)}, perchè ciò accadeva col consenso dell'avversario, il quale poteva ricusare il giudice ⁶⁶⁾. Per lo meno così si può conciliare AFRICANO con ULPIANO quando quello dice: *in privatis negotiis pater filium et filius*

⁶⁰⁾ L. 5 D. *de iniur.*

⁶¹⁾ L. 10 D. *de iurisdiction.* [2 1].

⁶²⁾ VOET *ad Pand.* lib. II tit. I § 51 e Ios. FINESTRES *in Hermogeniani libros VI. Epitomae. iuris.* tom. II ad L. 14 D. *ad Sctum Trebell.* § 5 pag. 1052.

⁶³⁾ L. 13 § 5 L. *ad Sctum Trebell.* [36 1].

⁶⁴⁾ L. 14 D. *eodem* L. 9 D. *de his, qui sui vel alieni iur. sunt.* [1 6]. — Ant. FABER, *in Iurisprud. Papinian.* tit. I Princip. V Illat. pag. 30.

⁶⁵⁾ L. 6 D. *recept. et qui arbitr. recep.* [4 8].

⁶⁶⁾ Greg. MAJANSIUS *in Commentar. ad XXX. Ictorum fragmenta.* tom. I pag. 362 e seg.

a) Nello stesso senso KELLER, *Proc.* § 11; RUDORFF, *Roem. Rechtsg.* II p. 40.

patrem iudicem habere potest ⁶⁷⁾; senza che sia lecito dir lo stesso degli atti privati della giurisdizione volontaria. Invero che di ciò non si potesse trattare affatto vien insegnato dal motivo addotto nella L. 78 h. t.: *Quippe iudicare munus publicum est*, come io ho già dimostrato in altra occasione ⁶⁸⁾.

3. Colui che prima di assumere l'ufficio di giudice fu avvocato in una causa, non può più esserne giudice ⁶⁹⁾. Se tuttavia il figlio di una parte ha servito da avvocato, ciò non impedisce in alcun modo al padre di essere giudice nella causa stessa.

Tantus enim cuiusquam erga rem clientis sui affectus praesuntus non est, dice VOET ⁷⁰⁾, *ut illius in gratiam cum dispendio honoris sollicitare velit parentem iudicem ad ea, quae viro bona indigna sunt, et eius religionem circumvenire*. Inoltre desta un sospetto contro il giudice la circostanza

4. che egli trovasi in palese inimicizia o in troppo grande familiarità con una parte o quando egli è stato erede di una parte, ovvero è stato involto in un processo con una delle parti litiganti ⁷¹⁾. In breve tutto ciò che rende inammissibile o sospetto un testimonio può essere ragionevolmente opposto ad un giudice ⁷²⁾. Quanto questa conclusione sia giusta insegnano gl'imperatori VALENTE e GRA-

⁶⁷⁾ L. 77 D. h. t. Si veda anche HUBER, *Praelect. ad Pand. h. t.* § 8 e ZIEGLER in *Dicasticæ Conclus.* XII § 30. I tentativi di ravvicinamento di altri giureconsulti esamina EMMINGHAUS ad COCCEJI *ius. civ. contro.* lib. II tit. I Qu. 8 nota r.

⁶⁸⁾ *Commentar.* parte III § 190 pag. 63 e seg. Che la eccezione la quale de COCCEJI in *ius civ. contro.* tit. *de iurisdic.* Qu. 8 ed altri molti fanno qui per le azioni della volontaria giurisdizione L. 3 D. *de adopt.* [1 7] L. 2. D. *de offic. praesid.* [1 18]. L. un. § 2 D. *de off. consul.* [1 10] in generale a ciò non si riferisca, ha già dimostrato ZIEGLER c. 1. § 20.

⁶⁹⁾ L. 6 pr. C *de postul.* [2 6]. L. fin. Cod. *de assessorib.* [1 49 o 51]. L. 17 D. *de iurisdic.* [2 1] cap. 36 X *de appellat.*

⁷⁰⁾ *Commentar.* h. t. § 44. Si veda anche LAUTERBACH, *Colleg. Pandect. h. t.* § 39. Di altra opinione sono tuttavia ANT. SCHULTING in *Diss. de recusatione iudicis* cap. IX § 7 e CLAPROTH nella *Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Process.* part. 1 § 72 pag. 278.

⁷¹⁾ V. ANT. SCHULTING, *Diss. cit.* cap. IX § 3 et 4 e MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar. Rom. germ.* § 139.

⁷²⁾ LAUTERBACH, h. t. § 40 e DANZ, *Grunds. des ordentl. bürgerl. Processes.* § 24 pag. 58.

ZIANO L. un. Cod. Theod. ne in sua causa quis iudicet, dove si dice: *promiscua generalitate decernimus: neminem sibi esse iudicem debere. Cui enim omnibus in se propriam dicendi testimonii iura facultatem submo- verint, iniquum admodum est licentiam tribuere sententiae.* Per ciò questa costituzione non avrebbe dovuto essere spezzata dai compilatori del codice giustiniano, i quali, come già GOTHOFREDUS ⁷³⁾ ha osservato, hanno convertito la massima fondamentale, da cui partono gli imperatori, in una propria costituzione L. 10 Cod. Iust. de testib.

§ 508.

Dei mezzi contro un giudice sospetto ^{a)}.

Se esiste qualche circostanza che può far attendere dal giudice una amministrazione della giustizia non imparziale, e quindi una

⁷³⁾ Comment. ad L. un. cit. Cod. Theodos. tom. I pag. 106. Si confronti anche SCHULTING, cit. Diss. c. I. I § 3.

a) È interessante risalire anche in questo argomento al processo civile del diritto classico: vi troveremo persino un istituto simile a quell'*iuramentum perhorrescentia*, così usuale nell'antica pratica a cui allude anche il GLÜCK.

È noto che il principio fondamentale dell'antico processo civile romano dinanzi all'*iudex* era quello della scelta del medesimo fatta per comune accordo delle parti (CICERO, *pro Cluent.* 43): tuttavia tale scelta doveva limitarsi a classi di cittadini legalmente fissate.

Restano tuttora molti dubbi se durante la Repubblica si avesse già una *sortitio* dell'*unus iudex* o se il giudice si prendesse (*sumere iudicem*) nel modo che adesso diremo [cfr. KELLER, *Proc.* § 9. — RUDORFF, *Roem. Rechtsg.* II p. 37-38. — PUCHTA, *Instit.* I § 154. — BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* II § 101. — KARLOWA, *Der röm. Civilpr.* p. 259 seg.] e su cui rimangono pure singole divergenze fra i citati scrittori.

Bisogna distinguere gli *iudices* dai *recuperatores*.

L'attore proponeva *in iure* [forse anche prima potevano esservi stati accordi fra le parti] un individuo che dovesse assumere l'ufficio di giudice (*iudicem ferre aduersario*), sul quale il convenuto doveva dichiararsi. Questi infatti o poteva accettare il giudice (*iudicem sumere*) o ricusarlo perchè lo riteneva parziale (*iniquum eiurare*). In caso di ricusa il convenuto era astretto ad un giuramento basato sulla sua coscienza e sul suo onore; ma non ad addurre speciali motivi. Cfr. CICERO, *De orat.* II, 70: *« cum ei (Scipioni)... P. Mucium iudicem tulisset: Eicero, inquit iniquus est »* [ZIMMERN, *Gesch.* III § 10 ritiene una semplice maniera di esprimersi questo *eiurare* e nega il dovere del giuramento, ma i più l'ammettono]. Si noti come l'*iuramentum perhorrescentiae* per la glossa e la maggior parte dei tribunali tedeschi, secondo che

sentenza non giusta, allora si dice che il giudice è sospetto. Un tal giudice può essere ricsusato, cioè si ha facoltà di non udirlo e di questo diritto che appartiene ai mezzi di difesa non può essere privata sotto qualunque pretesto alcuna parte, sia l'attore, sia il convenuto, neppure per la potestà del reggente ⁷⁴). Pertanto di questo diritto si può pure valere ogni parte, sia prima, sia dopo l'impegno nell'azione ed anche quando gli atti della causa sono già chiusi purchè in questi due ultimi casi dimostri, o mediante giuramento confermi, che la cagione del sospetto o non esisteva o almeno non le era nota avanti la contestazione della lite ⁷⁵). Se si possa ricsusare anche un intiero collegio è controverso fra i giureconsulti ⁷⁶). Nelle leggi stesse non troviamo in proposito alcuna decisione. Invero non si potrebbe decidere la questione secondo il diritto romano, perchè esso permette di ricsusare soltanto gli *iudices pedanei* e i *delegati*,

⁷⁴) L. 16. L. ult. Cod. h. t. Nov. XCVI [ZACH. 118] cap. 2. cap. 5 X *de exception. — Ant. Christoph. APPELL, Diss. de remediis et causis recusandi iudicem. Erfordiae 1793 e Ant. SCHULTING, Diss. cit. cap. V § 1.*

⁷⁵) L. 12 L. 16 Cod. h. t. Cap. 20 X *de sentent. et re iudic. cap. 25 X de offe. et potest. iud. deleg. cap. 4 X de except. L. 2 6 9 D. de iuris. et facti ignor. [22 6]. — SCHULTING, cit. Diss. cap. X § 1 e seg.*

⁷⁶) Si confronti SÜNDEMAHLER, *Diss. de formato principis dicasterio non recusabili* (in *Eius Opuscul. n. 1*) e *Ern. Frid. RÜHL, Diss. de formato principis dicasterio recusabili, Giessae 1783.*

ci vien presentato nel testo assomiglia alla *eiuratio iudicis* dell'antico processo romano. Ma in questo i limiti all'abuso di una tale *eiuratio*, che si presta ad offendere il cittadino proposto qual giudice, derivavano dalla severità dei costumi gelosamente custodita dai censori. Da ARCON. *Ad Cir. or. in toga cand. V 2 p. 84* Orall. sappiamo: « *Antonium... censores... Senatus moverunt... quod iudicium recusavit* » [appunto dopo avvenuta una *eiuratio*]. Ed anche nel caso sopra riferito quando Scipione respinse con giuramento il giudice propostogli da M. Flacco, sorse mormorazione attorno. Lo stesso pretore vigilava contro l'abuso di tale diritto del convenuto avendo persino facoltà, ove supponesse una ripulsa per malo animo o per isfuggire al processo, di considerarlo come *indefensus* [Così BETHMANN-HOLLEWEG, che s'appoggia a KELLER ma non adducono alcuna fonte].

Anche riguardo ai *recuperatores* poteva aver luogo una *reictio* delle persone proposte: ma per quest'argomento, a noi meno importante, rimandiamo ai citati autori.

Sotto gl'imperatori sembra che scomparisse a poco a poco questa cooperazione delle parti alla nomina del giudice in guisa da non rimanere loro che un diritto di ricsusarlo per dati motivi. Anche nel diritto giustiniano rimase la possibilità di ricsusare l'*iudex pedaneus* che omai esaminava tutta la causa [BETHMANN-HOLLEWEG. *Civilpr. II p. 128*].

non però i veri *magistratus*, ma alla parte che teme da un magistrato un'amministrazione della giustizia non imparziale permette soltanto di fare istanza per l'aggiunta di un terzo giudice imparziale che nelle provincie, ordinariamente, era il vescovo ⁷⁷). Tuttavia anche nel diritto canonico si cercherà invano una comprensiva disposizione in proposito, ove pure esso sembri in generale rispondere affermativamente alla domanda ⁷⁸). Tutto dipende nullameno da questo se il motivo del sospetto riguarda l'intero collegio o soltanto singoli membri di esso. Nel primo caso ha luogo pienamente una ricusazione dell'intero collegio; nel secondo invece si possono ricusare i singoli membri sospetti, ma questa ricusazione non può avere influenza sul collegio stesso come corpo morale, se in pari tempo il sospetto non riguardi la maggior parte dei membri ⁷⁹). Del resto, è obbligo di una parte la quale ricusa il giudice di addurre gli speciali motivi del sospetto, o di darne la prova o per lo meno di farne fede in quanto essi già all'incirca non siano notorii. In questo concordano il diritto romano e il canonico ⁸⁰). Nullameno una tal prova è spesso difficile e vi è per certo da temere che il giudice, il quale prima sarebbe stato imparziale, adesso acquisti odio verso la parte che lo ricusa e voglia diventare parziale quando per mancanza della sufficiente prova relativa al sospetto elevato contro di lui debba esercitare l'ufficio di giudice nella causa; oltre a ciò anche la cagione del sospetto talora può essere tale che una parte equitativamente dubita se debba addurla appunto perchè non

⁷⁷) L. 16. L. ult. Cod. *de iudic.* Nov. XIII [ZACH. 33] cap. 2. Nov. LXXXVI [ZACH. 103] cap. 2. Si confronti qui preferibilmente SCHULTING, cit. *Diss.* cap. VI.

⁷⁸) Can. 15 Caus. III Qu. 5 cap. 10 X *de foro compet.* SCHULTING, cit. *Diss.* cap. VI § 17.

⁷⁹) VOET, *ad Pand.* h. t. § 47. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.* cap. II *general.* § 6 not. * — MALBLANC, *Conspect. rei iudicior. Rom. germ.* § 140 e specialmente sono da vedersi del signor cons. aul. GÖNNER, *Erörterungen über den gemeinen Process.* (Bamberg 1799 8) n. III.

⁸⁰) L. 12 14 16 *e ult.* Cod. h. t. Nov. XVII [ZACH. 21] c. 3. Nov. LXXXII [ZACH. 102] c. 8 cap. 5 X *de except.* cap. 10 X *de foro comp.* cap. 41 § 1 X *de appellat.* — MALBLANC, cit. *Conspect.* § 141 e HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4185.

fa onore al giudice ⁸¹⁾. Onde secondo l'odierno uso del fòro che si basa sopra una usuale interpretazione del cap. 11 *de rescript. in 6^{to}*, è concesso alla parte la quale teme che il giudice non le amministrerà imparziale giustizia anche un altro mezzo, cioè questo che essa mediante giuramento può dirsi intimorita del giudice. Veramente i giuristi pratici non sono ancora concordi sull'odierno uso del giuramento di ricsusa (*iuramentum perhorrescentiae*) ⁸²⁾, imperciocchè alcuni lo ritengono per una specie del giuramento suppletorio, e quindi oltre alla produzione di uno speciale motivo del sospetto, richieggono per lo meno una mezza prova ⁸³⁾; altri al contrario coi quali pure il nostro autore concorda, non vogliono ritener necessaria alla prestazione di questo giuramento alcuna ulteriore prova, ma sempre la produzione di un motivo pel quale la parte che vuol prestare questo giuramento tema un'ingiusta sentenza ⁸⁴⁾. Ma secondo l'odierno uso del fòro della maggior parte dei tribunali protestanti, si ritiene il giuramento di timore per una specie di giuramento di rischio al quale è ammesso ognuno che teme che dal giudice ordinario non gli sia amministrata imparziale giustizia senza che sia necessario di addurre uno speciale motivo del sospetto contro il giudice o di farne fede ⁸⁵⁾. Tale uso del fòro, che secondo

⁸¹⁾ *Wolfg. Ad. LAUTERBACH, Diss. de perhorrescentiae iuramento*, Tub. 1656. — *Io. Ge. PERTSCH, De origine iurisiurandi perhorrescentiae*. Helmst. 1744 e *Walt. Vicent. WIESE, Disquis. de usu et abusu iuramenti perhorrescentiae*. Rostochii 1790.

⁸²⁾ Vedi *Io. Phil. CARRACH, Fasciculus opusculor. et controversiar. de non usu iuramenti perhorrescentiae adversus iudicem*, Halae 1759 4. Quest'opera contiene: 1.^o *Io. Tob. CARRACH, Diss. de iuranda eieratione bonae spei s. de exiguo usu iuramenti perhorrescentiae adv. iudicem*; 2.^o *Henr. BROKES, Diss. de iuramento perhorrescentiae eiusdemque usu practico*; 3.^o *Vindicae Carrachianae adversus oppugnationem Brokesianam*; 4.^o *Adr. STEGER, Diss. de iuramenti perhorrescentiae usu practico in foris Saxoniae Elect.*

⁸³⁾ *De COCCEJI, Ius civ. contrav. lib. XII tit. II Qu. 15* ed *EMMINGHAUS ad Eundem nota g.* — *LAUTERBACH, cit. Dissert. § 31 e 32.* — *MEVIUS, P. VI Decis. 71.* — *STRUBEN, Rechtliche Bedenken parte IV pens. II.* — *HOFACKER, Princip. iur. civ. tom. III § 4181, ecc., ecc.*

⁸⁴⁾ *WERNHER, Observat. for. tom. I parte V obs. 165.* — *BROKES, cit. Diss. § 14.* — *Ge. Lud. BOEHMER, Princip. iur. canon. § 663 nota h.* — *CLAPROTH, Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Process parte I § 46, ecc. ecc.*

⁸⁵⁾ *I. H. BOEHMER, Iur. Eccles. protest. tom. I lib. II tit. II § 74 e seg.*

ogni verosimiglianza deve la sua origine alla glossa ⁸⁶), si può anche in certo modo giustificare in questo senso che in parte sembra contraddittorio pretendere da colui che si esibisce pel giuramento di diffidenza, anche la produzione di speciali motivi ed una mezza prova dei medesimi, dovendo questo giuramento nel suo vero scopo rappresentare una prova e per conseguenza l'una e l'altra trovandosi già nella prestazione del medesimo; in parte anche perchè veramente non vi sarebbe stato bisogno di tutto il giuramento di timore se non avesse dovuto essere altro che un semplice giuramento suppletorio ⁸⁷). Conforme a questo uso del fôro, può quindi

— PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. I obs. 180. — STRYK, *Us. Mod. Pandect. h. t.* § 14. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. II. *Specim.* LXVII Cor. 3. — SCHAUMBURG, *Princp. prax. iurid. iudic.* cap. II gener. § 7 nota *. — PUTTER, *Auserlesene Rechtsfülle* vol. I parte IV *Resp.* CLXII n. 17 — *Fried. von BULOW e Theod. HAGEMANN, Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit* vol. II (Hannover 1799) n. XIX pag. 184. Secondo la ordinanza generale giudiziaria per gli Stati prussiani parte I tit. II § 143 in fine, il *iuramentum perhorrescentiae* tuttavia non ha più luogo.

⁸⁶) Già ACCURSIO sostenne che quando si giura che si ritiene il giudice sospetto, non vi è bisogno di addurre alcuna altra ragione. Ciò appare dalla sua glossa ad L. 14 *Cod. de iudic.* dove si dice: *Et nota hic secundum IOANNEM quod sufficit, si simpliciter asseram eum suspectum, etiam sine causa. Superfluo ergo quaeritur, an sit probanda, cum nec dicenda. Potest enim dici, quod iuret, se habere suspicionem, licet causam non dicat, et hoc ne calumniose recuset. Nam et iuramentum calumniae ideo introductum est, ut calumnia evitetur.* Quantunque quest'opinione fosse poco conforme ai diritti del loro tempo, credevano tuttavia i seguaci di Accursio di trovare un appoggio per la medesima nella costituzione di papa Bonifacio VIII (cap. 11 § 1 *De rescript.* in 6.^o). Invero ivi è parola piuttosto di un timore della privata violenza dell'avversario che del sospetto di una parziale amministrazione della giustizia, quando ivi vien concesso alla parte *de praedicto timore fidem iudici facere saltem per proprium iuramentum*; tuttavia si credette che si potesse applicare questo giuramento anche pel caso in cui si temeva parzialità per parte del giudice. Si favorì questa interpretazione anche nella curia romana perchè essa dava modo ai papi di attirare davanti al loro tribunale la decisione di alcuni affari laici; e per il rispetto alla glossa penetrò anche nei nostri tribunali, ad eccezione dei diritti stranieri in Germania. Si vegga su ciò preferibilmente *Adr. STEGER, Diss. de iuramenti perhorrescentiae usu practico in foris Saxoniae*, Lipsiae 1730 §§ 7-10.

⁸⁷) V. MALBLANCH, *Doct. de iurjurando* § 39 nota 50 e WIESE, cit. *Diss.* § 6. Veramente la costituzione del papa Leone X cap. 3 *de foro compet. in VII decretal. petri MATHAEI*, dove si dice § *et cum ecclesiasticus: Ut omnes*

anche il giuramento di ripulsa essere prestato mediante un avvocato quando egli per la prestazione del medesimo sia provveduto di apposita autorizzazione ⁸⁸⁾. È tuttavia cosa inesatta che alcuni giureconsulti ⁸⁹⁾ vogliono concedere questo giuramento soltanto all'attore, imperocchè se al convenuto spetta egualmente che all'attore il diritto di ricusare il giudice sospetto, non esiste alcun sufficiente motivo per togliere al convenuto il mezzo a ciò opportuno. In genere è conosciuta la regola che ciò che spetta all'attore deve essere a più forte ragione concesso al convenuto perchè le leggi lo favoriscono più che l'attore ⁹⁰⁾. Con ciò vien meno anche da se stessa l'obiezione opposta che nel cap. 11 *de rescript. in 6^{to}* si parli soltanto dell'attore, poichè già da altri fu a ragione ricordato che da ciò non si può in alcuna guisa indurre una esclusione del convenuto dal giuramento di timore ⁹¹⁾.

causae extra Romanam Oviriam, et in partibus coram ordinariis locorum cognosci et terminari debeant, cum hac tamen limitatione: nisi alter colitigantium adversarii sui potentiam merito perhorrescens, seu alia probabili et honesta causa, aliter quam per proprium iuramentum, saltem semiplene probata, coram ordinario non auderet litigare, sembra favorire la opposta opinione. Ma in parte questa non riguarda noi protestanti, come anche già BROCKES, cit. *Diss.* § 18 (in *eius select. observat. for. arg.* II pag. 14) ha giustamente osservato. In parte anche presso i cattolici il papa Innocenzo IX mediante una speciale bolla ha ristabilito il giuramento di perorrescenza secondo la sua originaria figura, come è stato dimostrato per le decisioni di un *Qu. MANDOSII, O. BORELLI e Iac. PUTERI* da *Ad. STEGER*, cit. *Diss.* § 9. Perciò anche negli scritti dei nuovi giureconsulti cattolici, di un *Paul Ios.* a RIEGGER in *Institut. iurisprud. eccles. parte II* § 500 e *Ios. Vol. EYBEL, Introduct. in ius ecclesiast. catholicor.* tom. IV § 468 n. IX pag. 608 si trova il principio: *moribus quidem praestito perhorrescentiae iuramento causam suspitionis neque allegandam neque probandam esse.*

⁸⁸⁾ Arg. cap. 3 *de iuram. calumn.* in 6.^o WERNHER, *Observat. for.* tom. II parte X obs. 295. — QUISTORP, *Ob ein Anwald. sum Verabscheuungseide gelassen werden könne?* (nei suoi *Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien* n. XXXIV (ovvero 3 St. n. V della più antica edizione). Che anche contro la volontà dell'altra parte il giuramento di perorrescenza può essere prestato mediante un avvocato, mostra BROCKES, cit. *Diss.* § 25.

⁸⁹⁾ MEVIUS, parte VI Decis. 71. — RIVINUS, *Enunciat. iur. tit. I. Enunc.* 3.

⁹⁰⁾ L. 41 D. *de Reg. iur.* [50 17]. L. 125 D. *eodem.* — GOTHOFREDUS in *Comment. ad L. 41 D. de Reg. iur.* pag. 207.

⁹¹⁾ I. H. BOEMER, *Iur. Eccles. protestant.* lib. II tit. II § 73. — BROCKES,

Quando pertanto il giudice ordinario è ricusato, la disamina dei motivi del sospetto appartiene al prossimo giudice superiore, il quale oggigiorno è soltanto autorizzato a conoscere della ammissibilità del timore ⁹²). Davanti a questo pertanto o davanti ad una commissione a ciò stata nominata, deve essere prestato anche il giuramento di timore ⁹³). Siccome tuttavia mediante l'allontanamento del giudice sospetto non viene paralizzato il diritto della prima istanza il quale spetta ad ogni parte litigante, così la decisione della causa principale è da rimettersi ad un commissario dalla cui decisione si appella al giudice superiore, ed in conseguenza con ciò il numero delle istanze vien mantenuto ⁹⁴). Veramente si afferma d'ordinario che mediante la ricusazione del giudice inferiore la causa vien devoluta in tal guisa al prossimo giudice superiore, che dipende solamente dal suo arbitrio se egli stesso vuol decidere la causa o rimetterla per la decisione ad un commissario ⁹⁵). Ma se con ciò il diritto della prima istanza dovesse andar perduto, vi sarebbe bisogno che questa eccezione fosse fondata nelle leggi. Essa non può tuttavia essere opportunamente dimostrata. Per lo meno il diritto romano è contrario a quella opinione: esso distingue fra il giudice ordinario ed il delegato. Quando una parte non ha fiducia nella sua magistratura ordinaria, può, secondo il diritto romano, far istanza semplicemente per l'aggiunta di un altro giudice imparziale (*συνδικαστής*). Una completa ricusazione della ordinaria magistratura non aveva luogo (pag. 82). Nessuno po-

select. Observat. for. obs. 2 § 23 et 24. — FELTMANN, Tr. de iuramento perhorrescentiae lib. II cap. 41. — WILDVOGEL, Diss. de recusatione iudicis eiusque usu et abusu cap. I § 24. — WIESE, cit. Diss. § 13 ecc.

⁹²) MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 141 in fin. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4185 in fin.

⁹³) CLAPROTH, *Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Process.* parte I § 46 pag. 162.

⁹⁴) Si veda del signor cons. GÖNNER, *Erörterungen über den gemeinen Process.* n. IV pag. 16 e seg.

⁹⁵) BROKES, cit. *obs. 2 § 29. — Ge. Iud.* BOEHMER, *Princip. iur. canon.* § 663. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4185 in fin. et § 4186. n. III. — WIESE, cit. *Diss.* § 15. — DANZ, *Grds. des gemeinen ordentl. bürgerl. Process.* § 24 in fine.

teva quindi senza l'altro intraprendere alcunchè di valido nella causa ⁹⁶).

Quando al contrario un *iudex delegatus* è ricusato, debbono le parti che ne chiedono la dispensa, nominare senza ritardo dentro i prossimi tre giorni, uno o più arbitri, i quali hanno da conoscere della loro causa e deciderla.

Questi entrano al luogo del commissario ricusato *quasi arbitri fuerint ab imperiali culmine delegati* e dalle loro decisioni si appella al committente *qui iudicem cum dedit, qui suspectus visus est* ⁹⁷). Il diritto canonico invece distingue fra la cognizione relativa al timore e la decisione della causa principale.

Intorno alle cagioni del sospetto debbono conoscere *arbitri* i quali sono da scegliersi dalle parti ⁹⁸); ovvero il concommisario non ricusato quando cioè di più delegati pontificii uno viene ricusato ed essi sono stati autorizzati con la clausola che uno può agire anche senza l'altro; ovvero il prossimo giudice superiore quando vien asserito il timore riguardo ad un delegato o ad un ufficiale vescovile ⁹⁹).

In niuna guisa però vien data assolutamente facoltà al giudice superiore di avocare a sè anche la decisione della causa principale; sivero il diritto canonico distingue qui nuovamente se è ricusato il giudice ordinario, ovvero un delegato. Nel primo caso il giudice ricusato deve su domanda della parte ricusante trasmettere la causa ad un altro giudice imparziale, contro il quale certamente anche la parte avversaria non deve avere alcuna obiezione fondata, ovvero rimetterla al prossimo giudice superiore ¹⁰⁰). In quest'ultimo caso la

⁹⁶) L. 39 D. *de re iudic.* [42 1]. L. 4 Cod. *Quando provoc. non est necess.* [7 64]. — SCHULTING, *Diss. de recusatione iudicis* cap. XII § 4.

⁹⁷) L. 16. L. ult. Cod. h. t. — SCHULTING, *cit. loc.* §§ 1-3.

⁹⁸) Cap. 39 X *de offic. et potest. iud. deleg.* cap. 10. X *de foro compet.* cap. 61. X *de appellat.* — Franc. FLORENTIS, *Opera iur. canon. ab Ignat. Christ. LOEBER a STOERCHEN edit.* tom. II pag. 210. Dalla decisione di questi arbitri ha luogo l'appello quando la ricusazione è stata rigettata in guisa ingiusta. Cap. 11 *de offic. et pot. iud. del.* in 6.° — ENGEL, *Colleg. iur. canon. univ.* lib. II tit. XXVIII § 5 nota V n. 55.

⁹⁹) Cap. 4 *de offic. et pot. iudic. del.* in 6.° — SCHULTING, *cit. loc.* § 6.

¹⁰⁰) Cap. 61 X *de appellat.* Invero papa Innocenzo III vuole, cap. 10 X *de foro compet.* che quando i giudicenti del luogo (*consules iustitiae*) sono

decisione della causa deve essere rilasciata o al concommissario, specialmente nel caso sopraccitato, nel quale questi è pure autorizzato a conoscere del timore: ovvero, quando non si dà questo caso, a un subdelegato se le parti su ciò sono d'accordo: ovvero al delegante stesso ¹⁾. Il diritto canonico quindi non appoggia quella opinione. Si cerca a preferenza di fondarsi sopra un passo della ordinanza del tribunale camerale dell'impero p. II tit. I § 1. Ma questa tratta semplicemente del caso che il giudice inferiore ritardi o affatto neghi di far giustizia. E molto opportunamente il signor cons. GÖNNER ²⁾ osserva, e già ANT. SCHULTING ³⁾ con molti altri ha dimostrato che questo caso è differente da quello della recusazione, assai più che una interpretazione estensiva, la quale potesse avere luogo contro il diritto della prima istanza così chiaramente fondato in Germania. Si potrebbe veramente anche dire che l'avversario il quale con ogni mezzo si è saputo procurare il favore del giudice, non sia a torto spogliato del diritto della prima istanza. Ma deve soffrirne anche la parte innocente?

Se il tribunale risulta di parecchi membri dei quali soltanto l'uno o l'altro vien asserito sospetto, la decisione della causa rimane presso il tribunale stesso e solamente quel membro che è stato recusato, deve nella trattazione della causa, astenersi da ogni influenza e quindi dal voto ⁴⁾. Si afferma pure che in questo caso gli altri

stati recusati come sospetti, le parti per conservare il loro diritto debbano, anche in cause secolari, poter ricorrere o al vescovo del luogo o al papa stesso. Tuttavia il papa medesimo nella citata disposizione non ha lasciato inosservato che solo la urgenza delle circostanze del tempo ha resa necessaria una tale disposizione: *hoc praesertim tempore*, dice esso, *quo vacante imperio, ad iudicem secularem recurrere nequeunt, qui a superioribus in sua iustitia opprimuntur*. Si legga qui la dotta osservazione del cancell. BOEHMER nella sua edizione del *Corp. iur. canon.* tom. II p. 234.

¹⁾ Cap. 23 X *de offic. et potest. iud. deleg.* cap. 4, 5 e 8 *eodem in 6.^{to}*. Vedi SCHULTING, *cit. loc.* § 7.

²⁾ V. del medesimo *anges. Erörterungen über den gemeinen Proceß.* n. IV § 4 pag. 18.

³⁾ *Diss. cit. de recusation iudic.* cap. IV § 5.

⁴⁾ BROKER, *cit. Diss.* § 27 e LEYSER, *Meditat. ad Pandect.* vol. II *Specim.* LXVII med. 7.

membri del collegio non ricusati potrebbero conoscere dei motivi della ricusazione ⁵⁾.

Infine vi è pure da osservare che la ricusazione di un giudice, quando è fatta nella maniera conveniente, non è da ritenersi per una ingiuria della quale il giudice si debba lagnare, sia perchè la parte con ciò si vale di un diritto che le accordano le leggi, sia perchè mediante il suo giuramento allontana sufficientemente da sé l'*animus iniuriandi* ⁶⁾. Se tuttavia il giudice ricusato potesse dimostrare la intenzione della parte di ingiuriarlo, non vi sarebbe alcun motivo per cui dovesse togliersi a lui una soddisfazione ^{7) a)}.

5) SCHULTING, cit. *Diss.* cap. XII § 8. — VOET, h. t. § 47.

6) L. 16 Cod. de iudic. cap. 39 X de offic. et potest. iud. deleg. cap. 5 X de excep. — MEVIUS, parte I Decis. 51. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.* cap. gener. II § 6 nota ***. — SCHULTING, cit. *loc.* § 9.

7) HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4186 n. II lit. b.

a) L'istituto della ricusa del giudice non poteva esser trascurato nei moderni codici, i quali dovevano anzi regolarlo e circondarlo di opportuni limiti. Dalla relazione del ministro di grazia e giustizia al re premessa al nostro *Cod. di proc. civ.*, apprendiamo anzi che il nostro diritto giudiziario ha introdotto nuove disposizioni intorno al nostro istituto e lo ha opportunamente esteso. Eravi dubbio sotto l'impero del codice sardo del 1859 se le disposizioni riguardanti la ricusazione dei giudici fossero applicabili al pretore allorquando presiede il consiglio di famiglia: si tolse ogni dubbio dichiarando espressamente tale estensione che sembrò giustissima costituendo il consiglio di famiglia una specie di magistratura domestica [*Relaz.* cit. n. 18].

Dalla *ricusazione e dell'astensione dei giudici e degli ufficiali del ministero pubblico* si occupa il nostro *Cod. di proc. civ.* nel capo III tit. II del lib. I (art. 116-131).

Le cause per le quali il giudice può essere ricusato, sono enumerate nell'art. 116-117 del *Cod. di proc. civ.* Il susseguente art. 118 estende tali motivi di ricusa agli ufficiali del ministero pubblico, quando non sia parte principale, e al pretore quando presiede al consiglio di famiglia.

I giudici e gli ufficiali del ministero pubblico devono astenersi se vi è un motivo di ricusazione da essi conosciuto sebbene non sia stato proposto (art. 119 *Cod. pr. civ.*). Si noti poi che essi possono domandare alle Corti e ai tribunali di astenersi per ragioni di convenienza quantunque non annoverate dalla legge fra i motivi di ricusa (art. 119 cit., art. 254 *Reg. gen. giud.* 14 dic. 1865 n. 2641).

La cognizione dei motivi di ricusazione dei giudici di un tribunale, di una Corte o degli ufficiali del ministero pubblico spetta al tribunale o alla Corte cui essi appartengono o presso cui esercitano le loro funzioni: la cognizione dei motivi di ricusazione del conciliatore spetta al pretore, se trattasi di quest'ultimo al tribunale civile (art. 120 *Cod. pr. civ.*).

Amessa la ricusazione di più giudici di un tribunale si provvede a che non sia tolto alle parti il primo grado di giurisdizione (art. 126 *Cod. pr. civ.*).

L'atto di ricusazione da farsi nei modi prescritti (art. 121 *Cod. pr. civ.*) deve in-

§ 509.

III. Come si decide della competenza del giudice? ^a).

Il giudice deve infine esser pure competente, cioè deve spettare a lui effettivamente la giurisdizione in quel dato caso. Infatti ogni giudice ha la giurisdizione solo in quanto è autorizzato alla cognizione e decisione di una causa; ogni appropriazione della giurisdizione in un caso in cui questa non ha fondamento, produce quindi la nullità di tutti gli atti compiuti ^b). Onde per decidere della competenza di un giudice (*competentia iudicis*) nei casi che si presentano, bisogna

1. ch'egli abbia quella specie di giurisdizione alla quale appartiene la causa da decidersi. Infatti talune cause hanno il loro proprio fòro, al quale esclusivamente appartengono senza che venga ivi ulteriormente in considerazione il tribunale del luogo delle parti litiganti; per esempio, cause feudali, cause ecclesiastiche, ecc. ^b).

L. 1 § 2 D. *quod. quisque iuris*. L. 53 § 3 D. *de re iudic.* L. 1-4 C. *Si a non comp. iud.* [7 48]. *Rec. decr. imp.* dell'a. 1654 § 122 e 119.

dicare i motivi e i mezzi di prova ed esser sottoscritto dalla parte o da un procuratore munito di mandato speciale *ad hoc* (art. 123 *Cod. pr. civ.*).

Se la ricasazione è rigettata da una Corte o da un tribunale, la parte che l'ha proposta è condannata con la stessa sentenza in una multa che può estendersi a lire centocinquanta: il giudice ricasato può promuovere, astenendosi però in tal caso, l'azione per riparazione d'ingiuria (art. 127 *Cod. pr. civ.*).

Le disposizioni di questo capo saranno applicabili agli arbitri? In qual momento si dovrà considerare il motivo di ricasa?

^a) Per la competenza vedi *Cod. di proc. civ.* lib. I tit. II cap. I-II (art. 67-115). Presso di noi la competenza è determinata per materia [articoli 81, 82, 84, 87, 88] o valore [70, 71], per territorio [90 e seg.], per connessione o continenza di causa [98 e seg.].

È principio fondamentale dello *Statuto del Regno* art. 71 che niuno può esser distolto dai suoi giudici naturali.

^b) Qui come più sotto (p. 96) il GLÜCK allude alle cause feudali, ecclesiastiche, fiscali, ecc., e ai relativi fòri speciali o privilegiati, omai scomparsi nel nostro diritto.

Già nella Roma imperiale molti affari d'indole religiosa, fiscale, amministrativa, ecc., vennero sottratti alla competenza del pretore e devoluti ad altri magistrati [PERNICE in *Festg. für BESEL.* p. 57 seg. vers. GAUD. in *Arch. giur.* XXXVI p. 122 seg.]. Nel

Pertanto colui che vuole rendere giustizia in tal genere di cause, deve avere la giurisdizione a ciò richiesta. Perciò si dice: *actor sequi debet forum causae*.

diritto giustiniano e i tribunali speciali ebbero grande importanza, nè si può comprendere quell'ordinamento giudiziario prescindendo dai medesimi. Centro della gerarchia è tuttora l'imperatore, il quale spesso muta la competenza dei dicasteri o nel singolo caso pone in luogo di questi speciali commissioni giudicatrici o anche trae la causa davanti al supremo suo tribunale. La giustizia è confusa con l'amministrazione nei suoi vari rami; vi sono in tutte le istanze cause di polizia, di finanza, militari, di Corte. Piuttosto che di veri tribunali speciali nel concetto nostro si tratta di un ordinamento giudiziario così fondamentalmente costruito che l'amministrazione e la giustizia non sono divise da limiti e ovunque impera il fiscalismo degli impiegati. Ciò non deve far sorridere con disprezzo noi che appena ieri abbiamo abolito il contenzioso amministrativo. Nel diritto giustiniano pertanto troviamo processi fiscali cui deferivasi ogni controversia tra il fisco e i privati, tribunali militari, tribunali ecclesiastici [merita speciale considerazione lo svolgimento da COSTANTINO in poi della competenza giudiziaria del vescovo, il quale giunse ad avere in certa guisa una sorveglianza sui giudici laici]. A spiegazione del testo aggiungerò che inoltre GIUSTINIANO ordinò: 1.° che se il preside della provincia ricusa di far giustizia, il vescovo del luogo deve richiamarlo al suo dovere e, niente ottenendo, informarne l'imperatore; 2.° che se il preside o il difensore di una delle parti è sospetto, il vescovo prende parte al giudizio; 3.° che esso è giudice delle contese fra un privato e il preside della provincia (Nov. 86 [ZACH. 103] c. 1, 2, 4). Talora il vescovo è poi il giudice delegato dall'imperatore (Nov. 123 [ZACH. 155] c. 21). Cfr. in questo argomento specialmente BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* III, §§ 134, 135, 139.

Per ciò che si riferisce alle autorità giudicanti, ai fòri ordinari e speciali nella storia del diritto italiano, cfr. PERTILE, *Stor. del dir. ital.* VI §§ 206 e seg. e SALVIOLI, op. cit. sopra a p. 5; sui conflitti di giurisdizione nei comuni medioevali del nord e dell'est della Francia [ma utile in parte anche per noi] cfr. ora PAUFFIN, *Essai sur l'organisat. et la jurisdiction municip. au moyen age* (Paris 1887) spec. parte 2.°. Per la giurisdizione delle persone accademiche in specie riguardo alle nostre università medioevali cfr. SAVIGNY, *Gesch. des r. R. in M.*, III p. 168 seg. ed ora DEMIFLE, *Die Univers. des M. A. I.* p. 55 seg.

Proclamata dalla rivoluzione francese l'abolizione dei privilegi e la divisione dei poteri doveva venir meno ogni fòro privilegiato o speciale. L'istesso art. 71 dello Statuto nostro stabilì che non possono esser creati tribunali o Commissioni straordinarie. Tuttavia rimasero i tribunali amministrativi (particolarmente i Consigli di prefettura in prima istanza, il Consiglio di Stato in appello) in uso nei vari Stati italiani, salvo che in Toscana dove eccezionale era la loro competenza. La pubblica opinione e la scienza reclamavano la loro abolizione: dalla cattedra erano condannati [cfr., ad esempio, SAREDO, *Dir. costituz.* IV (Parma 1863) p. 114 e seg.]. Ma si temeva con speciosi argomenti che, soppressi quei tribunali, l'azione amministrativa potesse venire incagliata ad ogni istante [cfr. MANFREDINI, *Progr.* I § 39 ed i citati ivi]. Finalmente la legge 20 marzo 1865 alleg. B aboliva i tribunali speciali investiti dalla giurisdizione del contenzioso amministrativo. Rimasero solo dei casi nei quali per l'art. 12 leg. cit. la Corte dei conti e il Consiglio di Stato hanno giurisdizione. Ma con l'art. 13 di detta legge il Consiglio di Stato veniva chiamato a decidere in caso di conflitto fra

2. che il convenuto sia soggetto alla sua giurisdizione. Ciò non si riferisce al luogo del tribunale dell'attore; questi, sia pure di qualunque luogo, deve seguire il giudice appartenente al convenuto. Onde la regola: *actor sequitur forum rei*. Soltanto quando si tratta di un mezzo giuridico semplicemente preparatorio, questa regola non ha alcuna applicazione, imperciocchè qui la competenza del giudice viene decisa secondo la causa principale che per tal mezzo deve essere condotta nella sua ordinaria via legale⁹⁾. Di ciò più ampiamente a proposito del processo provocatorio (§ 533). Del resto, basta che il convenuto soltanto a principio del processo sia stato sottoposto al giudice dinanzi al quale è citato¹⁰⁾. Poichè dovendo il processo essere compiuto davanti al giudice innanzi a cui fu cominciato¹¹⁾, non può il convenuto sottrarsi alla giurisdizione del medesimo se egli durante il processo debba cambiare la sua residenza o il suo

⁹⁾ V. HELLFELD, *Diss. de actore forum. rei haud semper sequente* (in *Eius opusc.* N. VI).

¹⁰⁾ VOET, h. t. § 64.

¹¹⁾ L. 30 D. h. t.

le autorità giudiziarie e amministrative: onde in gran parte erano frustrati i benefici effetti della legge abolitiva del contenzioso amministrativo. Tale modo di risolvere i conflitti di giurisdizione, condannato dallo stesso illustre consigliere di Stato MANTELLINI (*I confl. di giurisd.* p. 31), parve al primo Congresso giuridico tenuto in Roma nel 1872 inconciliabile coi principii del sistema costituzionale, coll'indipendenza dell'ordine giudiziario, con la tutela efficace dei diritti dei cittadini: esso faceva voto che l'istituto venisse abolito o almeno che fosse affidata la decisione dei conflitti al supremo magistrato giudiziario. Infatti la legge 11 marzo 1877 affidò alla Corte suprema di cassazione il giudizio sulle questioni di competenza fra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa. Cfr. tuttavia su questo sistema DE GIOANNIS, *Arch. giur.* X p. 535 seg. XX. Sulla giurisdizione ecclesiastica non più riconosciuta dallo Stato cfr. questo stesso *Comm. lib. II* (trad. DE MARINIS, ann. FERRINI e SERAFINI) § 169.

Rimangono tuttavia tribunali consolari (Legge consol. 15 agosto 1858 e R. decreto 28 gennaio 1866), i quali invece che tribunali speciali [così li crede il SAREDO, *Ist. di proc. civ.* I n. 121] sembrano piuttosto un'appendice dei tribunali della patria. Erano veramente tuttora tribunali speciali presso di noi i tribunali di commercio [la loro giurisdizione doveva considerarsi un sussidio della civile o quella aveva vita propria e indipendente da questa?]. Sull'opportunità della loro conservazione ferveva più che mai in Italia la disputa. Cfr. VIDARI, *Corso di dir. commerc.* IX n. 5232 e seg. e la copiosa letteratura ivi addotta. Si era formata omai un'opinione dominante contro i tribunali di commercio e questa ha trionfato nella recente legge 25 gennaio 1888 (esec. 1.º aprile p. v.) che li abolisce.

domicilio e perciò ricevere un altro fóro ¹²). Se il convenuto ha più fóri, di regola spetta all'attore la scelta del tribunale dinanzi a cui vuole chiamarlo ¹³); eccetto che il convenuto non abbia un *privilegium electionis fori* mediante il quale egli fra più tribunali competenti nella causa, possa indicare quello dinanzi al quale egli, nei casi di cui trattasi, vuole essere citato ¹⁴).

3. Che al giudice spetti l'esercizio della giurisdizione nella istanza di cui si tratta. È noto che si sogliono chiamare istanze i più tribunali l'uno all'altro subordinati dinanzi ai quali può essere trattata una causa ¹⁵), e dividere le medesime in relazione l'una all'altra in inferiore o prima istanza, in superiore e suprema ¹⁶). Fra queste deve anzitutto essere adita la inferiore istanza; ciò è un beneficio per il convenuto che non può essergli tolto (*beneficium primae instantiae*) ¹⁷). Il giudice superiore è frattanto incompetente: se egli

¹²) L. 2 Cod. *de iurisd. omnium iudic.* [3 13]. L. 7 D. h. t. L. 19 pr. D. *de iurisd.* Cap. pen. X *de foro compet.* — MALBLANC, *Conspectus rei iudic.* § 117. — HOFACKER, tom. III § 4219.

¹³) L. 2 § 3 D. *de eo quod certo loco* [13 4]. — VOET, h. t. § 66. — MEVIUS, parte III Decis. 20. — *Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decis.* parte I resp. I n. 13 pag. 25. — *Ge. Christoph. WINTER, Diss. de electione fori*, Altorfi 1725. — MALBLANC, § 149.

¹⁴) V. *Franc. Dom. HAEBERLIN, Disp. de privilegio electionis fori augustae domus Brunsvico-Lüneburgicae*, Helmstadii 1760 4 e (von BERG) *Darstellung der gesetzmässigen Beschaffenheit des dem hohen Hause Braunschweig und Lüneburg zustehenden privilegii electionis fori*, Göttingen 1797 8.

¹⁵) Nel diritto romano non compare la parola *instantia* in questo significato; vedi BRISSONIUS, *De verbor. signific. h. voc.* Essa fu introdotta semplicemente dall'uso del foro; perocchè propriamente dicesi istanza ogni procedimento giuridico che le parti attuano l'una rimpetto all'altra, e di tali istanze possono aversene più dinanzi ad un solo e appunto al medesimo tribunale. — V. SCHNEIDT, *Diss. de foro et instantiis nobilitatis immediatae germanicae in causis civilibus*, Wiroeb. 1790 Sect. I § 4. Pertanto accade solo in senso improprio che più tribunali fra loro subordinati dinanzi ai quali vien trattata una causa, sono detti istanze. Si dovrebbe dirli tribunali della prima o d'altra istanza, ovvero inferiore, medio e supremo tribunale. Vedi la *kleine jurist. Bibliothek* del signor KLÜBER, vol. VI pag. 379.

¹⁶) Nei tribunali dell'impero è uso di nominare prima istanza tutte e singole le istanze territoriali prese insieme e dalle quali può essere interposto appello ai tribunali dell'impero. Vedi KLÜBER, l. c.

¹⁷) ESTOR, *D. de iure primi fori, s. beneficio primae instantiae*. Ien. 1741.

su domanda dell'attore, volesse avocare a sè la causa, oltrepasserebbe i limiti della sua giurisdizione in una maniera insanabilmente nulla ¹⁸⁾). Soltanto è permesso all'attore di ricorrere subito al giudice superiore quando gli spetta il *privilegium personarum miserabilium*, ovvero la *continentia causae* costituisce una eccezione; da questi casi infuori può essere opposta all'attore la eccezione della trascurata prima istanza ^{19) a)}).

§ 510.

Concetto e varie divisioni del fóro competente per ragione di luogo.

Ogni controversia deve essere trattata davanti al giudice cui spetta: onde è d'uopo stabilire la competenza territoriale del fóro. Per *forum* intende il nostro autore il luogo destinato alla trattazione e alla decisione delle cause; altri ²⁰⁾ dicono dove la giurisdizione

¹⁸⁾ *Rec. dec. imp. dell'a. 1654* § 119. — CLAPROTH, *Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Process.* parte 1 § 31.

¹⁹⁾ *Rec. dec. imp. dell'a. 1654* § 105. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudiciar.* cap. gen. II § 10 e DANZ, *Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Processes* § 25.

²⁰⁾ *Ge. Lud.* BOEHMER, *Princip. iur. canon.* § 665. — PHIL. HEDDERICH, *Element. iur. canon.* parte II § 136. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 147.

a) In massima la dottrina del GLÜCK è quella accettabile secondo il diritto odierno. Si può trascurare la prima istanza ricorrendo immediatamente al giudice d'appello? La questione fu diligentemente trattata nella giurisprudenza francese. La risoluzione di essa dipendeva dallo indagare se la regola dei due gradi di giurisdizione abbia un carattere di ordine pubblico o di mero diritto privato. In generale i più riputati autori, come POTHIER, MERLIN, TOULLIER, CARRÉ, DALLOZ, ecc., ritengono che si tratti di massima di ordine pubblico non derogabile da convenzione privata. D'altra parte nell'appello non discutasi « *une demande* » ma sivero « *un jugement* », come esprimasi LAVIELLE, *Études sur la proc. civ.* p. 310. Così secondo HENRION DE PANSEY, *Aut. jud.* p. 258 vi sarebbe eccesso di potere se le Corti d'appello si permettessero di decidere intorno ad una domanda principale che non abbia ancora subito il primo grado della giurisdizione. La giurisprudenza francese, per quanto dubbiosa nel primo trentennio di questo secolo è oggi concorde nel ritenere impossibile una deroga delle parti alla prima istanza [cfr. anche KLEINSCHROD, *Klagänd.* p. 91]. Differente e decisa invece affermativamente è la domanda se le parti possano concordamente rinunciare all'appello.

zione viene esercitata. Ma più esattamente si potrebbe indicare il concetto se per fòro s'intende in parte il tribunale a cui una data causa per leggi generali o speciali è deferita, in parte il rapporto di sottoposizione di una persona ad un dato tribunale. In quest'ultimo significato si dice pertanto fòro di una persona non solo l'obbligo, ma anche il diritto di essa di farsi giudicare da un dato giudice in una data causa ²¹⁾. Un fòro si ha o a cagione della propria persona, ovvero lo si riceve a cagione della persona di altri con cui si è in rapporto.

I. Il *forum* che si ha *ex persona propria* è fondato sul diritto comune, ovvero si basa sopra una speciale esenzione. In quel caso il fòro dicesi comune, in questo privilegiato.

A. Il fòro comune (*forum commune*) vale di regola per tutte le cause od ha luogo soltanto in singoli casi speciali. Quello vien detto fòro generale (*forum generale*), questo speciale (*forum speciale*). Vi sono due fòri generali: il tribunale del luogo di nascita (*forum originis*) e il tribunale del luogo del domicilio (*forum domicilii*). Vi sono al contrario più fòri speciali. Il fòro speciale viene costituito in una data causa o mediante la proroga della giurisdizione (*forum prorogatae iurisdictionis*) di cui si è già parlato in altra occasione²²⁾: ovvero esiste per disposizione legislativa, e cioè:

a) per regola in talune cause, ossia

1. nelle cause penali, alle quali appartengono il tribunale del luogo del commesso delitto (*forum delicti*) e il tribunale del luogo dove il delinquente è stato catturato (*forum deprehensionis*);

2. nelle cause civili. Il tribunale del luogo del contratto, della intrapresa amministrazione di un patrimonio altrui, del luogo ove si trova la cosa e della connessione delle cause ^{a)}.

b) Come eccezione viene talora determinato uno speciale fòro anche per altre circostanze che accidentalmente si verificano in una

²¹⁾ V. HUFELAND, *Institutionen des gemeinen positiven Rechts* § 1080 p. 393.

²²⁾ Il mio *Commentario* part. 3 §§ 203-205.

a) L'argomento è interessante anche rimpetto al diritto internazionale privato.

controversia (*forum extraordinarium*). Un tale fòro straordinario ha luogo

1. quando il giudice ordinario è sospetto. Di ciò fu già trattato nel § 508.

2. quando il giudice ordinario ricusa o ritarda l'amministrazione della giustizia. In questo caso può essere presentata querela (*querela protractae vel denegatae iustitiae*) al giudice superiore, il quale anzitutto per mezzo di eccitamenti e di altri opportuni mezzi coercitivi, cerca di richiamare il giudice ordinario al suo dovere; e quando questi sono rimasti infruttuosi, egli, prescindendo interamente dal medesimo e dopo verificate le circostanze, può avocare il processo al suo tribunale superiore o rimetterlo per la decisione ad un altro tribunale ²³). Veramente secondo il diritto giustiniano e canonico, la querela per ritardata o ricsusa giustizia deve essere presentata al vescovo o al giudice ecclesiastico ²⁴); ma ciò oggigiorno non ha più luogo ²⁵).

3. Quando la giurisdizione è controversa fra due tribunali inferiori, ed ancora nessuno dei medesimi sia validamente assicurato nel possesso della giurisdizione, ed anche per ciò alcuna provvisoria disposizione non è ancora stata emessa dal tribunale superiore. In questo caso pure la giurisdizione del prossimo tribunale superiore è fondata ²⁶).

B. I fòri privilegiati sono parimente di varia specie: essi sono fondati sopra un riguardo alle cause e sopra un riguardo alle persone. Alla prima classe dei fòri privilegiati appartengono, per esempio, il tribunale delle cause ecclesiastiche, delle cause feudali, delle cause fiscali e simili. Alla seconda: 1. il tribunale degli ecclesiastici, 2. dei

²³) I. H. BOEHMER, *Diss. de origine progressu atque indole querelae denegatae vel protractae iustitiae*, Halae 1738. — DANZ, *Grunds. des gemein. ordentl. bürgerlichen Processes* § 443.

²⁴) Nov. LXXXVI [ZACH. 103] cap. 13 X. *de iudic.* cap. 8 e 13 X *de foro compet.* cap. 2 X *de alienat. iudic. mut. cons.* — IAN. a COSTA, *Commentar. ad Decretal.* p. 264.

²⁵) Tenore dei R. S. D. (*Gerichts-Ordnung*) parte 2 tit. I § 1 e tit. 28. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 170.

²⁶) CLAPROTHS, *Einleitung in den ordentl. bürgerl. Process.* parte I § 96.

soldati, 3. delle persone accademiche, 4. dei servi del principe e degli altri appartenenti alla cancelleria, 5. degli ambasciatori, 6. delle persone degne di riguardo. A proposito di questi fòri privilegiati in considerazione delle persone, è da osservare la regola che essi entrano al luogo del tribunale del domicilio: quindi mediante il fòro privilegiato di una persona non sono aboliti i fòri speciali, per esempio del contratto, del luogo ove è situata la cosa, ecc., come non lo sono dal tribunale del domicilio. Il fòro privilegiato che spetta a taluno a cagione della sua persona, costituisce invero una eccezione ai fòri generali, non agli speciali: imperocchè anche l'ecclesiastico, il servo del principe debbono riconoscere il tribunale del luogo del contratto, del luogo ove è situata la cosa, del delitto e simili ²⁷⁾. Solo riguardo agli ambasciatori questa regola ha un'eccezione. Essi, per la rappresentanza di cui trovansi investiti, sono affatto esenti dalla giurisdizione di quello stato in cui vengono ricevuti come ambasciatori, in quanto già prima del loro invio non sieno stati sudditi del medesimo o non si siano sottoposti in singoli casi alla giurisdizione di esso. Altrimenti non riconoscono per la loro persona e per i loro beni, alcun altro giudice che il loro principale dal quale sono stati inviati ²⁸⁾. Pertanto un ambasciatore non può essere chiamato in giudizio nel luogo in cui egli è accreditato eccettochè in quanto egli volontariamente vi si voglia impegnare ²⁹⁾. In caso

²⁷⁾ SCHILTER, *Prax. iur. Rom. Exerc. XIII in fin. pag. 272.* — LEYSEB, *specim. LXXIII medit. 5 et 6.* — HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for. vol. I. obs. 65.* — SCHMIDTS, *Lehrbuch von gerichtlichen Klagen § 75.* — DANZ, *Grundsätze des gemein. ordentl. bürgerlichen Processes § 34.*

²⁸⁾ Si confronti *Corn. van BYNKERSHOEK, Tract. de foro legatorum, Lugd. Batav. 1721 § 8* specialmente *Christ. Heinr. von RÖMER, Versuch einer Einleitung in die rechtl. Grundsätze über die Gesandtschaften und die ihnen zukommenden Rechte* (Gotha 1788) Abschn. XIII p. 313 e seg., e *Ioh. Christ. SIEBENKEES, Beyträge zum deutschen Recht* parte V pag. 159 e seg. Riguardo agli ambasciatori è preferibilmente degno d'osservazione il passo contenuto nella imperiale capitolazione dell'impero, art. XXV § 7. Gli ambasciatori di straniere potenze accreditati presso la Corte prussiana sono anche esenti dalla giurisdizione del luogo. Tuttavia quando acquistano immobili in paesi prussiani, vien così fondato un fòro reale per le azioni reali. Vedi *Ordin. giudiz. generale per gli Stati prussiani* parte II tit. 2 §§ 62 66.

²⁹⁾ Se un ambasciatore straniero è citato in Vienna ed egli vuole ivi im-

diverso anche un contratto ivi conchiuso non costituisce assolutamente un fòro, ma dipende sempre dal vedere se nella conclusione del contratto ricorrono tali circostanze di fatto le quali pongano fuori di dubbio che l'ambasciatore, riguardo al medesimo, abbia voluto rinunziare alla sua immunità ³⁰⁾. Già anche ai deputati di una provincia o di una città al signore del paese, concede il diritto romano, quando vengono citati nel luogo del loro invio, l'*ius revocandi domum suam* in quanto cioè essi vengono citati per un contratto concluso prima del loro invio ³¹⁾. Soltanto cessa per diritto romano quel privilegio, quando la loro ambascieria è finita ed essi trattengono ancora nel luogo del loro invio ³²⁾, od essi in questo luogo durante la loro ambascieria hanno contrattato in tal guisa che quivi pure vogliono fare il pagamento ³³⁾ a).

pegnarsi nella lite, il fòro di lui è presso l'imperial maresciallo di corte. Vedi *Carl. von ADLERLSBURG, Versuch über den kaiserlichen Hofmarschall und dessen Verhältnis zum kaiserl. Reichshofrath*. Wien 1795 8 § 50 pag. 72. In Berlino appartiene la causa al dipartimento degli affari esteri: a questo deve per lo meno esser mai sempre notificato il caso. Vedi *Ordin. judiz. gen. pruss.* parte 1 tit. 2 § 63 e seg.

³⁰⁾ Vedi RÖMERS, cit. *Versuch über Gesandtschaften*. Abschn. XIII § 29 pag. 330.

³¹⁾ L. 2 § 3 4 e 5 D. h. t.

³²⁾ L. 2 § 4 in fin. D. h. t.

³³⁾ L. 3 D. *de legationib.* [50 7], dove AFRICANO dice: *Oum quaeritur, an in eum, qui in legatione sit, actio dari debeat: non tam interest, ubi quis aut crediderit, aut dari stipulatus sit, quam illud, an id actum sit, ut legationis tempore solvetur*. In questo modo si possono spiegare senza contraddizione la L. 8 D. h. t. e la L. 5 § 1 D. *de constit. pecun.* [13 5], come VOET, in *Comm. ad Pand.* lib. XIII tit. 5 § 13 e BRANCHU, *Observation. ad ius Rom.* Decad. I cap. 9 hanno mostrato, e non è necessario di introdurre un cambiamento nelle parole della L. 5, come CUJAC. in *Commentar. ad L. 2 § 3 D. h. t.* con l'aggiunta di una negazione.

a) Ai di nostri la materia della immunità degli ambasciatori dalla giurisdizione civile è stata studiata diligentemente dai cultori del diritto internazionale.

I beni dell'agente diplomatico non possono essere sequestrati per i debiti contratti avanti o durante la sua missione. Se i creditori sieno rimasti insoddisfatti debbono reclamare l'intervento del ministro degli affari esteri del paese ove è accreditato il debitore o ricorrere alla via giudiziaria nel paese cui appartiene l'ambasciatore e procedere allora per via di citazione come se si trattasse di un assente.

Se l'agente diplomatico sia suddito del paese presso il quale è accreditato e fu

Del resto, le esenzioni dal fòro ordinario hanno efficacia soltanto nel paese nel quale sono stabilite per legge, e quivi in casi di collisione è sempre prevalente la esenzione concessa riguardo alla causa, a quella concessa riguardo della persona ³⁴).

§ 510 b.

Del fòro che si può avere ex persona alterius.

II. Un fòro può spettare ad alcuno per cagione della persona di un altro. In tal condizione sono:

1. le mogli, le quali mediante il matrimonio ricevono il fòro dei loro mariti ³⁵), supposto che il matrimonio sia stato concluso in maniera conforme alla legge ³⁶). Esse ritengono questo fòro anche da

³⁴) Cap. 6 e 7 X. *de foro compet.* SCHMIDT, *pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen* § 75 in fine, e GROLLMANN'S *Grundsätze der Ortsanalrechtswissenschaft* § 597.

³⁵) L. 65 D. h. t. L. ult. § 3 D. *ad municipal.* [50 1]. L. 19 D. *de iurisdiction.* L. ult. Cod. *de incol.* [10 39]. Una sposa non muta il suo fòro prima di aver celebrato il matrimonio. L. 32 D. *ad municipal.*

³⁶) L. 37 § ult. D. *ad municipal.* cong. con § 12 I *de nupt.* [1 10]. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.* § 44.

ricevuto a condizione di restare soggetto alla giurisdizione del paese, allora l'autorità giudiziaria locale è competente per tutti gli atti che esso compie fuori delle sue attribuzioni. Così l'immunità cessa se l'agente sia implicato in un processo anche come convenuto [ad esempio, accettò una tutela e fu convenuto in giudizio] o se egli espressamente o tacitamente rinunciò a quella sua prerogativa. Rispondendo in giudizio alla domanda dell'attore egli abbandona la propria immunità. L'agente diplomatico può intentare un'azione contro un cittadino dello Stato ov'è accreditato; ma in tal caso si espone alle conseguenze di questo suo passo. Tuttavia anche in questo caso, come nell'altro che si tratti di beni fuori della casa dell'ambasciatore, l'esecuzione di una sentenza contro di lui presenta molte difficoltà. Per uno studio dell'importante questione si ricorra ai seguenti autori: CALVO, *Dr. intern. théorique et pratique de l'Europe et de l'Amerique* I § 572 e seg. — FIORE, *Dir. intern. pub.* 2.^a ed. II p. 398-428. — ESPERSON, *Dir. diplomatico* I. — MARTENS, *Tr. de Dr. intern.* II p. 61-81. — BULMENRIGQ, *Völkerrecht* §§ 71 e 73. — LAURENT, *Dr. civ. intern.* III. — BRAVO, *Derecho Int. privado vigente en España* III p. 222-246. — BLUNTSCHLI, *Dr. intern. codifié* §§ 196, 200, 218, 222. — TWIS, *Law of Nations* §§ 217-218. — PHILLIMORE, *Commentaries upon Intern. Law* III. — OLIVI, *Saggi di Dir. diplom.* [Mem. Accadem. di Modena vol. II ser. 2 sez. scienze p. 105 seg. III p. 251 seg. IV p. 71 seg.]

vedove sino a che non si rimaritano ³⁷⁾, od altrimenti non cambiano domicilio ³⁸⁾.

2.) Il domestico. Questi durante il suo servizio per regola ha il fòro del suo padrone ³⁹⁾. Il motivo di ciò non è, come alcuni vogliono ⁴⁰⁾, da ritrovare in questo che il domestico ha in pari tempo il suo focolare e il domicilio colà dove serve, poichè ciò suppone una propria economia. I servi vengono computati tra i membri della società domestica, così come la moglie e i figli del padre di famiglia e sono sottoposti alla podestà domestica del loro padrone ⁴¹⁾; onde essi hanno anche di regola un solo ed identico giudice col loro padrone ⁴²⁾. Ciò non soffre il minimo dubbio quando si tratta del comune fòro del domicilio; nè davvero vi era bisogno della minuta prova che il VOET ⁴³⁾ ha fatto di questa verità universalmente conosciuta.

³⁷⁾ L. 22 § 1 D. *ad municip.*: *Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet, exemplo clarissimae personae per maritum factae, sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur.* L. ult. C. *de incolis* [10 39]. — Franc. de AMAYA, *Commentar. in tres poster. libros Cod. Iustin.* tom. I p. 507 n. 24 e 25.

³⁸⁾ VOET, *Comment. ad Pandect.* h. t. § 95. Quando tuttavia la vedova per cagione della condizione e del grado del suo morto marito ha un fòro privilegiato lo mantiene anche se cambia il suo domicilio: poichè la vedova perde i gradi e la condizione del marito solo col passaggio a nuove nozze, non col cambiamento del domicilio. L. 13 C. *de dignitat.* [12 1]. Vedi *Christoph. Lud.* CRELL, *Observationes de foro viduarum ad L. 22 § 1 D. ad municipalem Vitembergae 1754* § 3 e § 6. — DABELOW, *Grundsätze des allgemeinen Ehe-rechts der deutschen Christen* § 297.

³⁹⁾ Vedi *Ioh. Lov. DORN, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts* lib. 2 § 2079 pag. 514 e seg.

⁴⁰⁾ *Io. Gottl. FUNCKLER, Diss. de familiae conductitiae foro competente praes. Car. Gottl. KNORRE, def. Halae 1748* § 12.

⁴¹⁾ Anche nel diritto romano i servi che abitano presso il loro padrone vengono ascritti ai domestici, i quali appartenevano alla casa di un *paterfamilias*. L. 11 § 1 D. *de poenis* [48 19]. E persino i manomessi a cagione del rapporto in cui erano rimpetto al patrono vengono ascritti ai domestici del medesimo. L. 11 cit. L. 89 D. *de furtis* [47 2]. V. GÜNTER, *Comment. de furto domestico* cap. I §§ 1 e 4. Quindi dice ULPIANO, L. 6 § 3 D. *ad municipalem: Libertini patronorum domicilium sequuntur.* — MALBLANC, *Conspectus rei iudicariae*. § 159 n. 4 pag. 291.

⁴²⁾ Questa è pure la regola negli Stati prussiani. Vedi *Ordin. giudiz. generale prussiano* parte I tit. 2 § 13.

⁴³⁾ *Commentar.* h. t. § 96.

Tuttavia se il domestico partecipi anche al fòro privilegiato dei suoi padroni è una questione sulla quale tanto maggiormente si disputa. Molti giureconsulti ⁴⁴⁾ lo negano pel motivo che i privilegi personali non debbono essere estesi a verune altre persone, da quelle infuori cui sono concessi. Dove per tanto il domestico non è stato compreso espressamente nel privilegio che spetta al suo padrone, egli non avrebbe che il comune fòro ordinario. Io credo che sia da fare una distinzione se il fòro privilegiato è concesso ad una intiera classe di persone o se spetti soltanto ad una singola persona a cagione della sua subbiettiva qualità, per esempio, ad una persona degna di commiserazione. In questo ultimo caso non può pretendere certamente il privilegio alcuno il quale non abbia quella qualità che è supposta dalla esenzione riguardante il fòro. Nel primo caso invece si può stabilire per il generale motivo sopra addotto, come regola che anche il domestico è sottoposto al fòro privilegiato del padrone ⁴⁵⁾. Questa opinione ha pure l'analogia giuridica in suo favore. Imperocchè similmente nella nota *Auth. Habita cod. ne filius pro patre* il privilegio degli accademici viene pure espressamente esteso ai loro servi (*nuncii*) ⁴⁶⁾. Appunto così secondo la costituzione dell'imperatore COSTANTINO L. 2 § 4. *C. de episcop. et cleric.* la esenzione degli ecclesiastici dai pubblici tributi deve profittare anche alle loro persone di servizio (*ministeriis eorum, sive mares sint, sive feminae*). Invero qui non potea certamente farsi ancora questione di

⁴⁴⁾ HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.* vol. VI Obs. 728 n. 19. — FUNCKLER, cit. *Diss.* § 14 seg. — DORN, cit. *Versuch* § 209. Per ciò che riguarda il servo degli ecclesiastici gli negano il *privilegium fori*. I. H. BOEHMER, *Iur. Eccles. Protest.* lib. II tit. II § 43. — TITTIUS in *iure privato* lib. IX cap. 3 § 9. *Ios. Ant. a RIEGGER, Institut. iurisprud. eccles.* parte II § 535. — LUDOVICI in *Consistorial Process.* cap. 5 § 4. — CLAPROTH in *Ordentlich. burgerlich. Process.* parte I § 22 pag. 66 e il nostro autore istesso § 123.

⁴⁵⁾ MEVIUS, parte II *Decis.* 173. — HERTIUS, in *Diss. de transitione privilegii personalis ad alios.* § 21 (*Commentat. et Opusculor.* vol. I tom. III pag. 37). — LAUTERBACH, *Colleg. theor. pr. Pandect.* lib. I tit. 4 § 30 e EST OR, *Gründl. Unterricht von geschickter Abfassung der Urteile und Bescheide* § 60 pag. 17. Accetta questa regola anche la *ordinanza generale giudiziaria per gli Stati prussiani* parte I tit. 2 § 100.

⁴⁶⁾ VOET c. I. STEPHANI, *Tr. de iurisdictione* lib. III parte II cap. 6. — HENR. BALEMANN, *Dist. de iurisdictione accademica* (Giessae 1755) § 25.

immunità del fòro, poichè gli ecclesiastici prima di GIUSTINIANO non avevano ancora alcun fòro privilegiato ⁴⁷). Tuttavia vedesi almeno di qui che la estensione del fòro privilegiato al domestico degli ecclesiastici non contraddice allo spirito della legge. Allo stesso modo il domestico delle persone appartenenti al consiglio aulico dell'impero o al tribunale camerale dell'impero è esente al pari del suo padrone da ogni altra giurisdizione, e perciò così nelle cause civili come nelle penali, sottoposto appunto a quel supremo tribunale dell'impero, sotto cui sta il suo padrone ⁴⁸). In secondo luogo anche l'uso del fòro appoggia questa opinione. Infatti per ciò che riguarda il domestico delle persone accademiche esso nella maggior parte delle accademie, come a Halle, Gottinga, Erlangen, Altdorf, Tubinga, ecc., è sottoposto al tribunale accademico; ed io conosco poche accademie, dove esso, come a Lipsia e a Francoforte sull'Oder, è sottoposto al magistrato civico ⁴⁹). Lo stesso è a dire del domestico degli eccle-

⁴⁷) THOMASSINI, *vet. et nova Ecclesiae disciplina* parte II lib. II cap. 58. — MAIER, *von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstande in zeitlichen Sachen* (Tubingen 1781 8) § 21. Veramente Ant. Dandin ALTESERRA in *Vindicias iurisdiction. ecclesiasticae* (Paris 1710 4) lib. I cap. 7 e 8, afferma che già COSTANTINO il grande avesse esentato il clero dalla giurisdizione dei tribunali secolari sottoponendolo al tribunale ecclesiastico del vescovo. Ma il passo di SOZOMENUS, *Histor. eccles.* lib. I cap. 9, a cui egli si riferisce, dice soltanto che l'imperatore COSTANTINO con la immunità concessa agli ecclesiastici (indubbiamente intende egli quella di cui è parola nella sopra citata L. 2 Cod. *de episc. et cler.*) ha dato la più forte prova della sua considerazione verso la religione. Aggiunge quindi SOZOMENO che quest'imperatore abbia anche permesso ad ognuno di rivolgersi, trascurando l'ordinario giudice, al vescovo e di farsi rendere giustizia da lui. Nullameno con ciò il clero non ha ancora ottenuto una esenzione dal fòro secolare, ma ciò è da intendere riguardo ad un semplice compromesso delle parti come hanno dimostrato Corn. Will. de RHOER in *Dissertatio de effectu religionis Christianae in iurisprud. Rom.* fascic. I (Groeningae 1776 8). *Dissert.* III § 7 e Henr. Mich. HEBENSTREIT in *Historia iurisdictionis ecclesiasticae ex Legibus utriusque codicis illustrata* (Lipsiae 1776). *Diss.* II § 15 seg.

⁴⁸) *Ordin. del cons. aul. dell'imp.* parte I § 8. *Capitol. dell'imp.* art. XXV. *Ordin. del trib. cam. dell'imp.* parte I tit. 63. *Rec. decr. imp.* § 141. — MALBLANC, *Anleitung zur Kenntniss der deutschen Reichs- und Provinzialgerichtsverfassung und Praxis* 1 parte V cap. § 147 seg.

⁴⁹) VOET, h. t. § 109. — STEPHANI, *de iurisdictione* lib. III parte II capitolo 6 12. — Lud. Conr. SMALCALDEI, *Diss. de iurisdictione academica pri-*

siastici, il quale per lo meno, secondo la giurisprudenza dei protestanti, gode nella maggior parte dei paesi il fòro privilegiato del suo padrone ⁵⁰).

Siccome il Concilio tridentino *sess. 23 de Reformat.* cap. 6 non vuole concesso più il fòro privilegiato degli ecclesiastici neppure ai *Tonsurati* e ai *Olerici minorum ordinum* quando non hanno da godere alcuna prebenda, non è da maravigliarsi se i Canonisti cattolici negano il *privilegium fori* al domestico degli ecclesiastici ⁵¹). È tuttavia notevole che presso molti Capitoli tedeschi, per esempio, Regensburg, Augsburg, ecc., il servo delle persone ecclesiastiche è esente dalla giurisdizione del magistrato civico ⁵²). È noto che anche il servo degli ufficiali di regola è sottoposto ai tribunali militari ⁵³).

Vi sono nullameno dei casi nei quali il servo non ha il fòro del suo padrone. Può avere in fatti talora un proprio fòro privilegiato, come tale è il caso del servo di corte di cui al § 526. Talora esso è sottoposto alla giurisdizione del proprio padrone quando questo ha

vilegiaria (Tubingae 1734) § 24. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 128 pag. 244. — MEISTER, *Ausführl. Abhandlung des peinlichen Processes in Teutschland* pag. 5 cap. XIII § 52 n. 1. — QUISTORPS *Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts* pag. 2 § 584.

⁵⁰) *Collectio nov. Consil. Tubingens.* tom. IX. *Consil.* 80 — L. B. a WERNHER, *sel. Observat. for.* tom. I parte IV Obs. 12 a PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. I Obs. 166. — BRUNNEMANN, *Iur. Eccles.* lib. III. cap. I § 12. — SCHILTER, *Institut. iur. canon.* lib. I tit. XVIII § 8. — *Christ. Lud. CKELL, Specim. iur. Eccles. de rusticorum dotalium immunitate a iurisdictione et oneribus secularibus* (Vitembergae 1755) § 24. — *Ge. Lud. BOEHMER, Princip. iur. canon.* § 243. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4246 pag. 682. — WIESE, *Grundsätze des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts* § 433. — KEES, *Handbuch des protestantischen Kirchenrechts* § 30. — DANZ, *Grds. des ordentl. bürgerl. Processes* § 35 pag. 92, ecc.

⁵¹) V. GONZALES TELLEZ, *Commentar. ad cap. 10 X de offic. Archidiaconi* n. 3 (tom. I pag. 621). — HEDDERICH, *Element. iur. canon.* parte II § 139 nota a. Si veda tuttavia ENGEL, *Colleg. univ. iur. canon.* lib. II tit. II § 5 n. 44.

⁵²) SIEBENKEES, *Beiträge zum teutschen Recht* p. 6 n. IV § 35 pag. 161 seg.

⁵³) KNORRE, *Anleitung zum Kriegsprocess* 2 p. princ. § 1, 2 e 12. — GRÜGEN, *Kriegsrecht* lib. 3 cap. 3 § 725. — MÜLLERS *Kriegsrecht* vol. 2 pag. 3 cap. 2 § 2 nota 1. — *Carl. Christoph. STARKE, Lehrbuch des allgemeinen Kriegsrechts mit besonderer Einsicht auf das Kursächsische* vol. 2 (Leipzig 1799) pag. 30 n. 6. — QUISTORP, *Grundsätze des peinlichen Rechts* pag. 2 § 535. pag. 88.

una giurisdizione patrimoniale⁵⁴). In alcuni luoghi è prescritto pel servo un proprio fòro, il quale dicesi *Gesindeamt*, ovvero podesteria della città. Qui il fòro del padrone non viene in alcuna ulteriore considerazione⁵⁵). Finalmente

3. deve anche l'erede in alcuni casi riconoscere il fòro del suo autore⁵⁶). Per precisare esattamente ciò, deve essere fatta una distinzione se si vuol chiamare in giudizio l'erede come erede, ovvero se si vuole prendere in considerazione, senza riguardo a questa qualità, solamente come possessore. Nell'ultimo caso il fòro del morto come tale, cioè in quanto l'erede non ha già lo stesso fòro del morto, non è preso in alcuna considerazione; ma l'azione deve qui essere esercitata presso il tribunale, cui l'erede a cagione del suo domicilio è sottoposto, o che egli a cagione del sito della cosa litigiosa deve riconoscere⁵⁷).

Quando, al contrario, si vuole agire contro l'erede come tale, dipende da questo, se l'azione era già fondata contro il defunto ovvero no, ma soltanto per la adizione della eredità è sorta contro l'erede. Se si tratta dell'ultimo caso, per esempio, vien promossa contro l'erede l'azione di inofficiosità, o l'azione divisoria, ovvero l'*Interdictum quorum bonorum*, o si agisce contro di lui a cagione di un legato o fedecommesso, deve l'erede essere chiamato in giudizio presso il suo proprio fòro, ossia dove egli ha il suo domicilio o dove è posta la cosa litigiosa⁵⁸).

Se l'azione era, al contrario, già fondata contro il defunto, o io

⁵⁴) FUNCKLER, *Diss. de familiae conductitiae foro competente* § 23 e 24. Per errore tuttavia taluni ascrivono all'ambasciatore anche una giurisdizione sopra il seguito che sta al suo servizio. Si veda von RÖMER, *Grundsätze des Gesandtschaftsrechts* sez. XVII § 7 seg. e § 21 seg.

⁵⁵) DORNS, *Gesinderecht* § 211.

⁵⁶) Jo. Christoph. KOCH, *Diss. de foro heredis*, Giessae 1771 ed Henr. El. Gottl. SCHWABE, *Tract. de foro heredum competente*, Giessae et Lipsiae 1784 8.

⁵⁷) L. 42. L. 51. L. 52 D. *de Rei vindicat.* [6 1]. — BOEHMER, *de Actionibus* Sect. II cap. II § 8. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4254.

⁵⁸) L. un. Cod. *ubi de heredit. agit.* L. 29 § 4 D. *de inoff. testam.* [5 2]. L. 1 C. *ubi fideicomm. peti oport.* L. 38. L. 50 D. *de iudic.* L. 47 pr. et § 1 D. *de legat. I.* [50 7]. — Christ. Frid. Ge. MEISTER, *Disquisit. ubi de hereditate agatur*, Goettingae 1776. Di più nel § 519.

l'aveva mossa contro il defunto, già durante la sua vita, ovvero no. Siccome nel primo caso l'azione è già divenuta giuridicamente connessa col fòro del defunto, l'erede senza alcun riguardo al proprio fòro che gli spetta, deve riconoscere quel fòro del defunto e continuare ivi il processo nello stadio nel quale si trova al tempo della adita eredità. Ciò non soltanto è implicito nella natura della litispendenza ⁵⁹⁾, ma viene anche confermato da una chiarissima legge. Si is dicesi nella *L. 34, D. h. t. qui Romae iudicium acceperat, decessit, heres eius, quamvis domicilium trans mare habeat, Romae tamen defendi debet: quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est.*

Quando, al contrario, l'azione non è stata promossa contro il defunto, e quindi la causa non è stata resa dipendente dal fòro del defunto, è necessario nuovamente di distinguere tra il fòro generale e lo speciale del defunto. Se trattasi di un fòro particolare del contratto, ovvero della eseguita amministrazione che il defunto era stato costretto a riconoscere, è fuori di dubbio, che l'erede può essere convenuto in questo fòro, come avrebbe potuto esserlo il defunto, specialmente quando egli è ivi presente, ovvero possiede ivi dei beni e in questo caso non si può richiamare al suo proprio fòro qualunque privilegiato. E siccome il fòro speciale non era soggetto a l'arbitrio del defunto, ma dalla legge stessa immediatamente determinato, così il diritto, che il creditore del defunto ha una volta acquistato a cagione di questo fòro, non può essergli tolto neppure dall'erede. A ciò approda anche il chiaro disposto delle leggi. *ULPIANO* dice nella *L. 19 D. h. t. Heres absens ibi defendendus est ubi defunctus debuit et conveniendus si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur.* Che qui non si parli del fòro del domicilio ma del contratto, apparisce in parte dagli esempi addotti nei §§ 1, 2, 3 di questa *L. 19*, in parte anche specialmente da questo che si deve essere convenuti nel fòro del domicilio, anche quando non si è ivi presenti. Ora, siccome *ULPIANO* dice espressamente che l'erede può essere convenuto nel fòro del defunto soltanto *si ibi inveniatur*, lascia con ciò chiaramente intendere che parla solo del fòro del

⁵⁹⁾ *L. 30, D. h. t. cap. 19 X de foro compet. Olem. 2 ut lito pend. nihil innovet.*

contratto ⁶⁰). Imperocchè questo resta immutabile anche quando il debitore cambia il suo domicilio ⁶¹).

Se si tratta invece del fòro generale del defunto, cioè del *forum domicilii*, ovvero *privilegiatum* di lui, è veramente molto controverso se anche questo trasmettasi all'erede ove l'azione contro il defunto non sia stata ancora promossa durante la sua vita ⁶²). Io non ho tuttavia alcuna esitanza ad unirmi a coloro i quali negano che l'erede sia sottoposto a questo fòro del defunto e di ciò tratterò pienamente nel § 515. Più facilmente ci si può trovar d'accordo in ciò quando il defunto aveva un fòro privilegiato. Imperocchè qui la maggior parte dei giureconsulti è concorde che un tale fòro non passa all'erede, anche quelli che riguardo al *forum domicilii* del defunto sono di altra opinione ⁶³). Invero si deduce ordinariamente la prova dalla natura dei privilegi personali e ci si riferisce alla conosciuta sentenza di MODESTINO: *privilegia quae personae sunt, ad heredem non transeunt* ⁶⁴). Ma si può anche dire che subentrando il fòro privilegiato al luogo del fòro del domicilio, deve valere per l'uno ciò ch'è di diritto per l'altro ⁶⁵) a).

⁶⁰) Qui bisogna vedere principalmente KOCH cit. *Diss.* § 20 dove si troverà una eccellente spiegazione della L. 19 D. h. t.

⁶¹) L. 2 Cod. *de iurisdiet.* [2 1] dove si dice: *Ubi domicilium reus habet vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet.* Che qui si tratti del caso in cui taluno ha contrattato nel luogo del suo precedente domicilio, dimostra con irrefutabili motivi DONELLUS in *Commentar. iur. civ.* lib. XVII cap. 12 pag. 979. Con lui concorda anche WISSENBACH in *Exercitat. ad Pandect. Disput.* XVI § 23.

⁶²) Le diverse opinioni si trovano in KOCH cit. *Diss.* § 12-17. — WALCH, *Introduc. in controvers. iur. civ.* Sect. IV cap. II § 5 pag. 753, e in HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4254 nota b pag. 687 seg.

⁶³) Si confronti, per esempio, *Petr.* BARBOSA, *Commentar. ad Interpretationem tit. Dig. de iudiciis* num. 216, e HOFACKER c. 1. § 4254. Questi dice: *Heres in foro defuncti generalis et specialis, neque tamen privilegiatus, recte convenietur, si ibi inveniatur, idque ita, ut nullo suo proprio privilegio excusetur.*

⁶⁴) L. 196 D. *de Reg. iur.* [50 17].

⁶⁵) KOCK cit. *Diss.* § 21.

a) L'art. 134 n. 1 del *Cod. di proc. civ.* stabilisce che l'atto formale di citazione deve contenere la residenza, il domicilio, o la dimora del convenuto. Onde in molti

§ 511.

I. *Dei fòri del diritto comune. A) generali, 1. forum originis.*

Fra i fòri generali che sono fondati nel diritto comune, merita
1. il *forum originis* la nostra considerazione. Questo fòro viene co-

casì la ricerca del fòro coincide con quella del domicilio del convenuto (art. 90 *seg. Cod. proc. civ.*). Riguardo ai casi nei quali il nostro A. dice esistere un fòro *ex persona alterius* noteremo:

1.° La donna maritata ha il domicilio del marito semprechè non sia legalmente separata e lo conserva divenendo vedova, finchè non ne abbia acquistato un altro (art. 18 *Cod. civ.*). Onde nei casi nei quali è competente il fòro del domicilio, la moglie riceve quello del marito. Ciò è tanto più chiaro nel diritto nostro in quanto per l'istituto dell'autorizzazione maritale la donna maritata deve essere citata sì in persona propria, sì in persona del marito (art. 136 *Cod. proc. civ.* Cfr. PUCA, *La citazione nei giud. civ.* Firenze 1884 p. 94-96. CUZZERI, *Annuario della proc. civ.* I (1883) p. 165). Se, come osservano PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Comment. cit.* II n. 147 p. 171, in caso di lite per separazione o divorzio sarebbe sufficiente indicare nella citazione la dimora attuale della donna fuori della casa del marito, si osservi nulladimeno che la moglie prima che sia *legalmente* separata (art. 18 *Cod. civ.*) conserva il domicilio e quindi rispettivamente il fòro del marito. Soltanto avvenuta la separazione coniugale, la moglie acquista un domicilio reale proprio (Corte app. Firenze 8 luglio 1873. *Ann. giur. it.* VII (1873) 2 p. 607). Ma una separazione per solo consenso dei coniugi non avrebbe tale efficacia senza l'omologazione del tribunale (art. 158 *Cod. civ.*).

2.° Del servo parlerò più sotto relativamente al domicilio, inquantochè venuti meno i principii di dipendenza personale e coattiva del servo rimpetto al signore, la questione non può essere omai studiata praticamente che a proposito del domicilio di quello. Qui mi limito a notare che si ritiene che ai servi dell'agente diplomatico si comunicò il privilegio della estraterritorialità della persona cui servono e a cagione di questa. Cfr. BLUNTSCHLI, *Le droit intern. cod.* n. 145. Contro, LAURENT, *Le droit civ. intern.* III n. 87 *seg.* p. 169. L'opinione (dichiarata erronea anche dal GLÜCK p. 104 nota 54) che all'ambasciatore spettò una giurisdizione sul suo seguito è confutata pure dal LAURENT *ivi* n. 85 p. 163 *seg.*

3.° Intorno al fòro in cui può essere convenuto l'erede, il nostro codice di procedura civile contiene principii sufficientemente precisi e segna anche un progresso rimpetto ai codici anteriori (cfr. BORSARI, *Cod. ital. di proc. civ. annotato* sull'art. 94 p. 100 *seg.*).

Ansitutto diremo che al caso cui allude l'A. che l'azione fosse già resa dipendente dal fòro del defunto si riferiscono in parte anche le massime del nostro codice sulla riassunzione d'istanza (art. 332 *seg.*, *Cod. proc. civ.*). Per la morte del convenuto non cessa di essere competente il tribunale dinanzi a cui fu esercitata l'azione, sì vero deve essere rinnovata la citazione (art. 332 *Cod. proc. civ.*) o citata la parte per la *continuazione del giudizio* (art. 333 *Cod. proc. civ.*) e quando la causa fosse già in stato di essere giudicata non è neppur più necessaria per la decisione di essa la citazione per riassunzione d'istanza (art. 335 *Cod. proc. civ.*).

Relativamente a quelle azioni che, come dice il GLÜCK, non erano già fondate contro il defunto, ma soltanto per l'adizione dell'eredità sorgono contro l'erede è no-

stituito dal luogo che è ritenuto quale patria di un uomo ⁶⁶⁾. Secondo il diritto romano il *forum originis* è *commune* o *proprium*. Il

⁶⁶⁾ VOET h. t. § 91.

tevole la dottrina contenuta nell'art. 94 *Cod. proc. civ.* La dottrina romana e del diritto comune è stata modificata: gli articoli del nostro codice di procedura civile si trovano in perfetta corrispondenza con quelli del codice civile. In più articoli di questo si prende in considerazione il luogo ove aprsi la successione (articoli 912, 944, 981 *Cod. civ.*): è dichiarato pure che ciò avviene nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto (art. 923 *Cod. civ.*). L'art. 94 del codice di procedura civile osserva giustamente il SAREDO, *Letit. di proc. civ.* I n. 182 si presenta come un complemento di quelli articoli del codice civile. Pertanto si propongono oggi davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione, ossia dell'ultimo domicilio del defunto:

1.° Le azioni in petizione o divisione dell'eredità, e qualunque altra tra coeredi sino alla divisione.

2.° Le azioni in rescissione della divisione già fatta, o in garanzia delle quote assegnate, purchè proposte entro un biennio dalla divisione.

3.° Le azioni contro l'esecutore testamentario, purchè proposte entro un biennio dalla divisione, e se la divisione non sia necessaria, entro un biennio dall'aperta successione.

4.° Le azioni dei legatari e dei creditori dell'eredità che non esercitano diritto reale sopra un immobile, se siano proposte nei termini indicati nel numero precedente.

Si è voluto considerare così l'eredità come una *universitas* che riflette, mi si conceda la frase, la personalità del defunto, nell'ultimo domicilio di lui quand'anche vi è un erede che ormai continua, a rigor di diritto, la personalità stessa anche in un luogo diverso. Lasciando così idealmente concentrato l'asse ereditario si ha una maggiore facilità di risoluzione e speditezza delle liti: il che veramente era necessario in caso che più fossero gli eredi, non per quello dell'unico erede; ma il nostro codice di procedura civile non fa alcuna distinzione (MATTIBOLO, *Dir. giudiz.* I n. 612). Si è costituito così un *forum apertae successioneis*. La dizione dell'art. 94 citato merita di essere attentamente considerata: ivi n. 1 dicesi che le azioni di petizione o divisione dell'eredità e qualunque altra tra coeredi *sino alla divisione* si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione: onde si può dire che al tribunale del luogo dell'aperta successione si esercitano le azioni che *riguardano il diritto della divisione o le controversie che nascono da questo diritto* (BOSSARI, *Cod. it. di proc. civ. annot.* p. 101); ma il giudizio di divisione, separazione ed assegnazione di quote che ne vengono di conseguenza è regolato dalla legge comune della competenza.

Quanto alle azioni reali immobiliari esse non si esercitano nel *forum apertae successioneis*, ma in quello che è competente secondo i principi generali (MATTIBOLO, *Dir. giudiz.* I n. 613).

Del resto, secondo l'art. 94 citato cap. ult. non è escluso totalmente il caso che le enumerate azioni sieno esercitabili presso l'autorità giudiziaria del domicilio del convenuto. Infatti a norma di esso se la successione siasi aperta fuori del regno è competente l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni immobili o mobili da dividersi e, in difetto, quello del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza. Si riteneva che quest'art. 94 cap. ult. non fosse applicabile alla successione dello *straniero*, ma a quella dell'*italiano*, che, conservando la sua nazionalità, avesse acquistato domicilio all'estero (Corte cass. Napoli 30 novembre 1869,

primo era quello che tutti i liberi sudditi dell'impero romano abitassero dove volessero, avevano a Roma, quando ivi fossero trovati e non avevano alcun *ius revocandi domum* ⁶⁷⁾ a). Imperocchè dopo che l'imperatore ANTONINO CARACALLA ebbe accordato il diritto di cittadinanza a tutti i liberi sudditi dell'impero romano, la città di Roma venne riguardata come *communis omnium patria* ⁶⁸⁾, dove ogni cittadino, avesse in Roma o in una provincia dell'impero romano il suo domicilio, poteva essere convenuto quando egli fosse appunto ivi presente e non fosse particolarmente privilegiato ⁶⁹⁾. Ciascuno invece aveva il *forum originis proprium* ovvero *speciale*, dove suo padre al tempo della nascita era cittadino, quantunque ei non fosse appunto nato quivi, ma in un altro luogo ⁷⁰⁾. Non si trattava dunque

⁶⁷⁾ L. 2 § 3 4 e 5 D. h. t. L. 28 § 4 *Ex quib. caus. maior* [4 6]. V. il mio Commentario parte 3 § 204 pag. 188.

⁶⁸⁾ L. 6 § 11 D. *de Excusat. tutor.* [27 1]. L. 33 D. *ad Municipal.* [50 1]. L. 19 D. *de Interdict. et Relegat.* [43 22]. L. 7 § 15 D. *eodem.* L. 9 D. *de vacat. et excusat. muner.* [50 5]. E specialmente si veda qui *Exech. SPANHEMII, Orbis. Roman. Exercit.* II cap. 6 pag. 160. Lo stesso valse in seguito per Costantinopoli dopo che vi fu trasportata la residenza degli imperatori cristiani, e a questa nuova Roma, come viene appellata nella L. *fin. Cod. in quib. caus. pignus.* [5 36] e L. 5 C. *de oper. pub.* [8 12], vennero estesi tutti i diritti e le prerogative dell'antica Roma. L. *un. Cod. de privileg. urb. Constantinopolit.* [11 20]. — V. *Franc. AMAJA, Commentar. in tres posterior. libros Cod. tom. I L. X tit. XXXIX num. 85 pag. 495.*

⁶⁹⁾ *Ger. NOODT, Commentar. ad Dig. h. t. pag. 153.* — *HOFACKER, Princip. iur. civ. tom. III § 4221.*

⁷⁰⁾ *AMAJA, c. l. num. 5 pag. 484 e Ios. FINESTRES, Commentar. in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iur. pag. 353.*

Ann. Giurispr. ital. IV (1870) I, 1 p. 49, ofr. anche la sentenza della Corte d'app. di Catanzaro 3 dicembre 1868, *Ann. cit.* III (1869), 2 p. 602). Ma questa giurisprudenza fu recentemente abbandonata dalla cassazione fiorentina, che nella causa Bianco Traford accolse il parere del chiarissimo prof. SERAFINI, rappresentante di quest'ultimo e stabilì che le disposizioni dell'art. 94 cap. ult. sono applicabili anche nel caso della successione di uno straniero aperta all'estero, essendo parte dei beni qui esistenti. Cfr. GIANZANA, *Lo straniero nel dir. civ. it.* I, 2 p. 125-26. Corte cass. Firenze, *Ann. Giur.* XVIII (1884) I, 1 p. 292.

a) La classificazione dei fori, ossia la determinazione della competenza delle relative autorità giudiziarie secondo il nostro diritto procedurale si è venuta svolgendo in base ai principii del diritto romano, SABEDO, *Istit. di dir. giudiz.* I n. 174. Cfr. per la storia PERTILE, *Stor. del dir. ital.* VI p. 189.

del temporaneo domicilio del padre, ma della patria di lui, come ULPIANO espressamente dice: *Filius civitatem ex qua pater eius naturalem originem ducit, non domicilium sequitur* ⁷¹). Così non si aveva riguardo al luogo di nascita della madre quando pure taluno appunto in questo luogo fosse nato ⁷²), ecetto che nel caso che la *materna origo* fosse particolarmente privilegiata o che taluno non avesse il padre legittimo. Quindi dice ULPIANO ⁷³): *Qui ex duobus campanis parentibus natus est, Campanus est. Sed si ex patre Campano matre Puteolana, neque municeps Campanus est: nisi forte privilegio aliquo materna origo censeatur: tunc enim maternae originis erit municeps* ⁷⁴). *Utputa iliensibus concessum est ut qui matre iliensi est, sit eorum municeps. Etiam Delphis hoc idem tributum et conservatum est. CELSUS etiam refert, Pontius ex beneficio POMPEII Magni competere, ut qui Pontica matre natus esset, Ponticus esset: quod beneficium ad vulgo quaesitos solos pertinere quidam putant: quorum sententiam CELSUS non probat: neque enim debuisse caveri, ut vulgo quaesitus matris conditionem sequeretur: quam enim aliam originem hic habet? sed ad eos, qui ex diversarum civitatum parentibus orirentur.* Che colui che non aveva padre legittimo, ricevesse il *forum originis* della madre, insegna NERAZIO ⁷⁵): *Eius, qui iustum patrem non habet, prima origo a matre eoque die, quo ex ea editus est, numerari debet.* Lo stesso aveva luogo per coloro, *quod patris conditio nullius vindicaret iuri civitatis*, come dice l'imperatore GIULIANO ⁷⁶). Talora un romano poteva avere anche una duplice patria cioè, quando egli fosse stato adottato o arrogato da un *civis alienae civitatis* ⁷⁷). Imperocchè l'adozione non aboliva la patria

⁷¹) L. 6 § 1 D. *ad Municipalem* [50 1].

⁷²) L. 3 Cod. *de Municipibus* [10 38]: *Filios apud originem patris, non in materna civitate, etsi ibi nati sint (si modo non domiciliis retineantur) ad honores seu munera posse compelli, explorati iuris est.* Add. L. 36 e 44 Cod. *de Decur.* [11 13].

⁷³) L. 1 § 2 D. *ad Municipalem.* [50 1].

⁷⁴) A ciò si riferisce senza dubbio ARISTOTELE, *Politicor.* lib. III cap. 3 quando dice: *Est etiam Lex in quibusdam civitatibus, ut satis sit ex matre cive esse gentium.*

⁷⁵) L. 9 D. *ad Municipalem.*

⁷⁶) L. 22 Cod. *de Decurionib.* [10 31].

⁷⁷) L. 15 § 2. I. 17 § 9 D. *ad Municip.* — FINESTRES in *Comment. in Hermogenianum* pag. 353.

naturale, ma ne attribuiva all'adottato una seconda, cioè quella del padre adottivo, come rescrivono gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO ⁷⁸⁾: *In adoptionem quidem alienae civitatis civi recte dato additur, non mutatur patria: ac propterea ius originis in honorum ac munerum obsequio per adoptionem non minus perspiciis*. Un manomesso seguiva la patria del suo patrono ⁷⁹⁾: il domicilio di lui però soltanto allora che quella era sconosciuto ⁸⁰⁾; e quando egli fosse stato manomesso da più acquistava il *forum originis* di tutti questi manomessori ⁸¹⁾. Generalmente tuttavia il luogo di nascita del padre determinava il *forum originis* del figlio ⁸²⁾. Alla *origo* dell'avo, al contrario, non si aveva riguardo, tolto il caso che il nipote fosse stato generato da un figlio adottivo nella famiglia del padre adottivo o in genere durante il tempo che il padre di quello era ancora sotto la patria potestà ⁸³⁾. Altrimenti determinava il luogo di nascita (*origo propria*) del figlio, il *forum originis* del nepote ⁸⁴⁾.

Il fòro speciale della patria era immutabile presso i Romani e continuava quando anche taluno già aveva trasferito in un altro luogo il suo durevole domicilio ⁸⁵⁾. Quindi un romano poteva pur

⁷⁸⁾ L. 7 Cod. *de Adoptionib.* [8 48].

⁷⁹⁾ L. 17 § 8 D. *ad Municipal.* [50 1]. L. 27 pr. D. *eodem.* L. 2 C. *de Municipibus* [10 38]. — FINESTRES, cit. *Commentar.* pag. 360.

⁸⁰⁾ L. 6 § 3. L. 22 pr. D. *ad Municipal.* — VOET, *Comment. ad Pand.* lib. L. tit. I § 3.

⁸¹⁾ L. 7 D. *ad Municipalem.*

⁸²⁾ AMAJA in *Comment. ad Tit. Cod. de incolis* [10 39] num. 21 seg.

⁸³⁾ L. 17 § 9 D. *ad Municipal.* — AMAJA, c. 1 num. 2.

⁸⁴⁾ Si veda su ciò specialmente *Ohr. THOMASII, Tract. de vagabundo s. eo qui est sine domicilio* cap. I § 52-59 e *Ant. PEREZ, Praelect. in Codicem Tit. de Municipal.* num. 4 seg.

⁸⁵⁾ L. 6 pr. D. *eodem.* L. 11 D. *de Senator.* [1 9]. L. 4 e 5 Cod. *de Municipibus* [10 38]. A questi passi non è contraria la L. 190 D. *de Verb. signific.* come crede *Fr. de AMAJA* in *Commentar. in tres posterior. libros Cod.* tom. I pag. 485. Perocchè quando ULPIANO dice ivi: *provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos qui ex provincia oriundi sunt*, ciò non ha alcuna relazione col fòro, come CUIACIUS lib. XXIV *Observation.* cap. 33 vuole affermare; e già fu confutato da CONRADI in *Parerga* lib. IV n. II § 8 pag. 503. ULPIANO vuole ivi dare soltanto il concetto di provinciali che ai suoi tempi, dopo che ANTONINO CARACALLA aveva esteso il diritto di cittadinanza a tutti i sudditi dell'impero romano, era ancora

tuttavia essere onerato nel luogo che era ritenuto come sua originaria patria di uffici e di altri usuali pesi a cui erano sottoposti gli altri cittadini di quel luogo⁸⁶⁾, e poteva anche essere convenuto ivi quando cioè fosse presente⁸⁷⁾. Quando inoltre un delinquente era relegato dalla provincia dove egli aveva il suo domicilio, tale relegazione si estendeva in pari tempo alla provincia nella quale egli era nato⁸⁸⁾; e per la nomina dei tutori per gl'infanti e i minori era competente tanto il *magistratus originis* quanto l'autorità del luogo dove i beni di quelli erano situati⁸⁹⁾. Soltanto la patria civile che era stata acquistata mediante adozione estinguevasi colla emancipazione⁹⁰⁾. Nè meno perdeva una moglie il suo *forum originis*

pratico e si riferiva alla differenza che riguardo a taluni speciali diritti dei cittadini romani, a cui ora appartenevano anche i provinciali, dipendeva dal domicilio. In tale riguardo potevano quindi essere detti *provinciales* soltanto quei cittadini romani che avevano il domicilio in una provincia dell'impero romano, non però quelli che erano bensì nati in una provincia, ma non avevano più ivi, sìvero in Italia o in Roma, il loro domicilio. Questo concetto era di pratica importanza nei matrimoni, non essendo lecito ad un funzionario dello Stato in una provincia sposare una provinciale; così anche nelle tutele quando un cittadino chiedeva di essere dispensato pel numero dei figli, nel qual caso il provinciale doveva avere un numero di figli maggiore a quello del cittadino abitante in Roma o in Italia. Si veda qui *Jo. God. BAUER, Opuscula iurid.* tom. I pag. 195.

⁸⁶⁾ L. 1 3 e 5 Cod. *de Municipibus* [10 38].

⁸⁷⁾ L. 29 D. *ad Municipal.* [50 1]. — HUBER, *Praelect. ad Pandect. h. t.* § 47. — WESTENBERG, *Princip. iur. sec. ord. Pandect. h. t.* § 86. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4222. D'altra opinione è tuttavia il NOODT in *Comm. ad Pandect. h. t.* pag. 153 a cui aderisce anche *Frid. Wilh. PESTEL* in *Disput. de domicilio originis* (Rintelii 1752); questi afferma che veramente il *domicilium originis* sia perpetuo riguardo ai *munera publica personalia*, ma non il *forum originis*. Nulladimeno sembrami molto sforzato l'interpretare la L. 29 Dig. *ad Municipal.* come riferibile al caso in cui taluno che in un luogo è incola abbia e continui tuttavia il suo *domicilium* anche in *loco originis*. Si veda qui piuttosto THOMASII *Diss. cit.* cap. II § 100. La L. 190 D. *de V. S.* invece niente dimostra in favore della sua opinione.

⁸⁸⁾ L. 7 §§ 10 11 13 e 16 D. *de Interdict. et Relegat.* [43 22]. *Nic. ANTONIUS de exilio exulumque conditione et iuribus* lib. 1 cap. 13 (in *Thes. Meermannian.* tom. III pag. 37).

⁸⁹⁾ L. *un.* Cod. *Ubi petant. tutor.* [15 32].

⁹⁰⁾ L. 16 D. *ad Municipalem* [50 1]. — *FINESTRES in Hermogenian. ad. h. L.* pag. 352 seg.

proprium pel matrimonio col quale essa acquistava il fòro del marito ⁹¹⁾).

Ma tutta questa teoria del diritto romano intorno al *forum originis* non ha più luogo oggigiorno. Essa non può applicarsi opportunamente alla nostra costituzione tedesca perchè questa in ciò allontanasi intieramente dalla romana ⁹²⁾. Oggigiorno non abbiamo quindi nè un *forum originis commune*, nè *speciale* nel senso del diritto romano. Su ciò tutti i giureconsulti tedeschi ⁹³⁾ sono concordi fra loro. Veramente alcuni giureconsulti più antichi volevano sostenere che la città di residenza dell'imperatore tedesco rappresenti oggigiorno il luogo di una comune Roma, ove ogni tedesco quando sia ivi trovato può essere convenuto, o che almeno la città di residenza di ogni principe tedesco sia da riputare come *forum originis commune* di tutti i suoi sudditi. Ma già da lungo tempo lo STEYK ⁹⁴⁾ ha degnamente confutato queste assurde ipotesi. L'odierno *forum originis* di un uomo è il tribunale del luogo nel quale al momento della sua nascita il padre aveva il proprio domicilio ^{a)}; al luogo della nascita non si ha sempre riguardo perchè un fanciullo può esser nato anche accidentalmente in un viaggio o in una fuga ⁹⁵⁾. Pertanto il *forum originis* trovasi quivi presso il giudice che aveva la ordinaria giurisdizione sopra il padre al momento in cui il figlio è nato ⁹⁶⁾. Per

⁹¹⁾ L. fin. § 3 D. *ad Municipalem*. L. un. Cod. *de mulieribus et in quo loco muneris* [10 62]. L. fin. Cod. *de incolis*. [10 39]. L. 13 Cod. *de dignitat.* [12 1]. — AMAJA, cit. *Commentar.* tom. I tit. *de incolis* num. 26.

⁹²⁾ V. *Ioh. Iac. MOSER, von der teutschen Justitverfassung* parte I lib. I cap. 4 § 6.

⁹³⁾ SCHILTER, *Prax. iur. Rom. Exercit.* XIII § 24. — LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pandect. h. t.* § 48. — THOMASTIUS, cit. *Diss. de vagabundo* cap. I § 65. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4221 e 4222 e specialmente PÜTTER, *auserlesene Rechtsfälle* vol. I parte I *Deduct.* III § 11 pag. 27 e vol. I parte 4 *Resp.* CLXIII.

⁹⁴⁾ *Us. Mod. Pandect. h. t.* § 19.

⁹⁵⁾ LAUTERBACH, *Diss. de domicilio* § 10 e 11.

⁹⁶⁾ Secondo l'*ordinanza giudiziaria generale per gli Stati prussiani*, parte I tit. 2 § 18 il domicilio di ogni volta del padre costituisce il fòro ordinario del figlio che trovasi ancora sotto la sua potestà senza riguardo al luogo dove il medesimo è nato.

a) Di ciò parleremo trattando nelle note al paragrafo seguente del domicilio.

i figli illegittimi si regola il *forum originis* sul fòro personale della madre che essa riconosceva al momento della nascita del figlio. Per i trovatelli viene riguardato come luogo di nascita quello dove essi sono stati trovati ed educati, e per i figli dei vagabondi quello dove essi sono stati battezzati ⁹⁷⁾. Questo *forum originis* oggigiorno non è immutabile, ma rimane fondato sin tanto che taluno non ha acquistato un proprio domicilio od un altro speciale fòro ⁹⁸⁾. In caso tuttavia che sia dubbioso se taluno per la costituzione di un proprio durevole domicilio abbia mutato il suo *forum originis*, viene presunta la durata di questo fino a che di un altro non viene data la prova ⁹⁹⁾. Non cessa quindi se i figli o per cagione di studio o per imparare un mestiere o per altri motivi si trattengono per qualche tempo altrove ¹⁰⁰⁾. Specialmente per i vagabondi che non hanno mai avuto uno stabile domicilio si ha riguardo al loro *forum originis* ¹⁾. Imperocchè sebbene un vagabondo possa essere convenuto presso il tribunale di ogni luogo nel quale è trovato ²⁾, tuttavia se la sua residenza è sconosciuta, l'azione contro di lui può essere promossa nel *forum originis* e può essere emessa una citazione editale dal giudice di questo luogo ^{3) a)}. Si afferma anche che quando un vagabondo muore, la sua eredità debba esser regolata secondo le leggi

⁹⁷⁾ LAUTERBACH, *Colleg. Theor. pr. Pandect. h. t.* § 42. — DANZ, *Grds. del gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes* § 27.

⁹⁸⁾ LAUTERBACH, *h. t.* § 43. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4222. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 158.

⁹⁹⁾ VOET *h. t.* § 92 in fin. — MEVIUS P. V. *Decis.* 163. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 158 in fin. pag. 288.

¹⁰⁰⁾ MEVIUS parte III *Decis.* 71. — LEYSER, *Meditat. ad Pandect.* vol. II *Specim.* LXXV *med.* 7. — HOFACKER *o. l.* § 4222.

1) STRYCK, *Us. Mod. Pand.* *h. t.* § 18.

2) LEON. BEELS, *Diss. de foro domicilii.* Lugd. Batavor. 1785 cap. II § 9.

3) BERGER, *Oeconom. iuris.* lib. IV tit. IV parte I nota 6. Vedi il mio Commentario parte 3 § 223 nota 72.

a) Questa massima coincide con ciò che pure trovasi deciso nella nostra giurisprudenza. Anzi quando di un individuo che viaggia senza fermare la residenza è conosciuto il domicilio di origine non si può dire che sia un girovago nè si può a suo riguardo applicare la regola *ubi te invenio, ibi te convenio*. Egli conserva il suo domicilio di origine (Corte app. Firenze 13 dicembre 1870. *Ann. giur. it.* IV (1870) 2 p. 587-88).

del *forum originis* ⁴⁾. Ma altri contraddicono a questa opinione pel motivo che per un vagabondo, il luogo dove esso è trovato è il suo rispettivo fòro; quindi a lui si succede secondo le leggi di questo luogo ⁵⁾. Soltanto la sua eredità immobiliare viene regolata secondo le leggi del luogo ove essa è situata ⁶⁾.

§ 512.

II. Fòro del domicilio. Come viene stabilito un domicilio?

Un fòro generale pel diritto comune viene anche costituito: 2. mediante il domicilio del convenuto: *forum domicilii*. Il domicilio è in quel luogo dove taluno dimora colla intenzione di trattenervisi sino a che speciali motivi non lo inducono a cambiare la sua residenza ^{a)}. Gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO ⁷⁾ dicono: *In eo loco singulos habere domicilium, non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac for-tunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus,*

4) KOCH, *Successio ab intestato* § 15.

5) LUDOLFS *Systemat. Entwicklung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 193.

6) THOMASII, *Tract. de vagabundo* cap. III num. 20 pag. 73.

7) L. 7 Cod. de Incolis. [10 39].

a) La definizione del domicilio trovasi nell'art. 16 del codice civile patrio, poichè sebbene taluno credesse che il titolo relativo avesse più opportuna sede nel codice di procedura civile, prevalse l'opinione contraria del PISANELLI. Invero se il domicilio serve a determinare la competenza e la giurisdizione, ha pure grande importanza anche per altri fatti che strettamente attengono alle leggi civili. La definizione del citato art. 16: Il domicilio civile di una persona è nel luogo in cui essa ha la sede principale de' proprii affari ed interessi, riproduce con formola meno estesa il concetto espresso nella L. 7 Cod. de incolis cui si riferisce anche il nostro autore (Cfr. ASTRONGO, DE FORESTA, GERBA, SPANNA, VACCARONE, *Cod. civ. del Regno d'Italia, confrontato con gli altri codici italiani ed esposto nelle fonti e nei motivi* I (Firenze-Torino 1866) p. 222).

Secondo gli articoli 16, 17 del codice civile italiano corrispondente agli articoli 102, 103, 104 del codice francese, gli scrittori e la giurisprudenza insegnano che non può esservi cittadino senza domicilio (art. 90 Cod. proc. civ.), che una persona non può avere che un solo domicilio civile, che non può ritenersi perduto il domicilio primitivo, anche di origine, se non vi è la prova che siasene acquistato un altro. DURANTON, *Droit civ. franc.* I n. 360; DEMOLOMBE, I n. 348. Cfr. egregiamente LAURENT, *Princ. de Droit civ. franc.* II n. 74 seg. p. 104 seg.

si nihil avocet: unde, cum profectus est peregrinari videtur: quod si rediit, peregrinari iam desit. Si sceglie per domicilio un luogo per proprio piacere e per libera determinazione, ovvero si è costretti a riceverlo per legge. In quel caso il domicilio è volontario (*domicilium voluntarium*) in questo invece necessario (*domicilium necessarium*)^{a)}.

I. Per giuridica necessità taluno può avere un domicilio

a) a cagione di pena^{b)}. Quando un delinquente viene relegato o confinato in un dato luogo⁸⁾. Presso i Romani, specialmente dopo i tempi dell'imperatore AUGUSTO, era usuale la *relegatio in insulam*⁹⁾. Una tale relegazione distinguevaasi dalla deportazione specialmente perchè non aboliva nè il diritto di cittadinanza, nè il domicilio del relegato¹⁰⁾, ma aveva soltanto la conseguenza che il bandito non poteva abbandonare l'isola a lui assegnata e doveva ivi abitare per tutto il tempo che durava la relegazione¹¹⁾.

⁸⁾ L. 22 § 3 D. *ad Municipalem* [50 1]. *Relegatus in eo loco, in quem relegatus est interim necessarium domicilium habet.*

⁹⁾ L. 7 D. *de interdic. et relegat.* [43 22]. Si pensi qui alla sorte di OVIDIO ch'egli dipinge nelle sue lettere *ex Ponto*. — V. Nic. ANTONIUS, *de Exilio s. de exiliis poena antiqua et nova, exulumque conditione et iuribus* lib. I cap. 15 e 16 (in *Thes. Meermann.* tom. III pag. 43 seg.) e KLEINSCHRODS *Systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts* parte 3 § 53 p. 101.

¹⁰⁾ L. 27 § 3 D. *ad Municipal. Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, unde arceatur, ut MARCELLUS scribit.*

¹¹⁾ L. 7 § 8 D. *de interdict. et relegat.*

a) Appena occorre notare che questa distinzione ha pienamente vigore anehe nel diritto italiano ed è presupposta dai nostri codici. Si parla anche di domicilio *reale* e *legale* che la legge stabilisce con una presunzione assoluta *iuris et de iure*. BUNIVA, *Del diritto delle persone* I p. 56-57. Oggi ha pure grande importanza, specialmente in un completo sistema della carità legale, il *domicilio di soccorso*, ossia il luogo in cui l'indigente ha diritto ad esser soccorso (per le leggi inglesi che ne forniscono il tipo cfr. ASCHBOTT, *Das englische Armenwesen*, p. 168 seg.), ma essendo estraneo allo scopo di questa trattazione, non ne parliamo.

b) Il prof. DE FILIPPIS, *Corso compl. di dir. civ. ital. com.* I parte gen. § 42 p. 222 insegna che l'allontanamento non volontario dell'antico domicilio non può far mai presumere l'intenzione di cambiarlo. Quindi il militare, il prigioniero, l'emigrato politico, l'esule non cambiano domicilio. Però ad essi pure è applicabile l'art. 17 in quanto che concorrendo le circostanze atte a provare una intenzione contraria a quella di ritenere l'antico domicilio devesi ammettere il cambiamento di domicilio. Pei con-

Restavano illesi al relegato tutti gli altri diritti ¹²⁾.

b) a cagione del suo servizio o della dignità del suo ufficio.

Quindi

1. I soldati là dove servono ed hanno il loro quartiere, hanno pure un *domicilium necessarium* ove non possiedano beni nella loro patria ¹³⁾. Perocchè diversamente hanno il *domicilium originis*. Senza possesso di beni la nascita soltanto non attribuisce alcun domicilio in patria, se ivi in pari tempo non si dimora. Quando un soldato non possiede beni nella sua patria, ma in un terzo luogo dove egli abita, allora non ha ivi il suo domicilio, ma soltanto nel luogo ove egli serve ^{14) a)}.

2. I senatori avevano presso i Romani in *sacratissima urbe* il loro *domicilium dignitatis* ¹⁵⁾.

3. Gli ecclesiastici hanno il loro domicilio nel luogo dove è ordinato che debbano esercitare il loro ufficio ¹⁶⁾. I giureconsulti lo dicono *domicilium benefioi ecclesiastici* ¹⁷⁾. Pertanto gli ecclesiastici debbono mantenere la loro residenza presso la loro chiesa o presso il

¹²⁾ L. 4 e L. 18 D. *eodem.* — V. ANTONIUS *de Exilio* lib. II e KLEINSCHROD l. c. § 52.

¹³⁾ L. 23 § 1 D. *ad Municipal.* [50 1]. *Miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret, si nihil in patria possidet.*

¹⁴⁾ Si confronti Jos. FINESTRES, *Commentar. in Hermogeniani I Cti juris Epitomar.* lib. VI *ad L. 23 § 1 D. ad Municipal.* §§ 1 e 2 pag. 361 seg.

¹⁵⁾ L. 8 Cod. *de incolis* [10 39]. L. 11 D. *de senatorib.* [1 9].

¹⁶⁾ BEELS, *Diss. de foro domicilii* Sect. I cap. III § 5 in fin. not. a.

¹⁷⁾ VULTEIUS *ad L. 2 Cod. de iurisdic.* [21] num. 15.

dannati a domicilio coatto è da ritenere che conservano giuridicamente il primitivo domicilio.

a) L'art. 143 del codice di procedura civile stabilisce che i militari in attività di servizio nell'armata di terra o di mare, e le persone assimilate per legge ai medesimi, se non sieno citati in persona propria, devono citarsi nel luogo della residenza o del domicilio a norma degli articoli 139 e 140 del codice stesso.

Nella giurisprudenza francese per la mancanza di precise disposizioni nel codice francese di procedura civile si disputava sul modo di citare i militari in attività di servizio e sul loro domicilio. Essa riteneva tuttavia che il soldato di terra e di mare conservasse il domicilio che aveva nel partire. Tale è il concetto sanzionato nel nostro codice, se non che, come dice la relazione PISANELLI, per maggiore garanzia che la citazione pervenga a notizia del militare si stabiliscono le norme dell'art. 143. GABRIULO, *Il Cod. di proc. civ. del Regno d'Italia ann.* all'art. 443 p. 894, BOBBARI, *Il Cod. ital. di proc. civ.* a questo articolo p. 153.

loro beneficio, quando pure possiedano case o fondi in un altro luogo. Tuttavia soltanto i predicatori sono vincolati alla loro permanente residenza, i canonici però ordinariamente solo alla loro temporanea residenza, in quanto questi secondi non abbiano ottenuto una completa esenzione da tale necessità¹⁸⁾.

c) a cagione del vincolo matrimoniale, che, come GIUSTINIANO¹⁹⁾ dice, rende necessaria una *individua vitae consuetudo*, la moglie è costretta a seguire il domicilio del suo marito²⁰⁾, quando anche nel contratto matrimoniale se ne sia riservato un altro, ed effettivamente abbia una abitazione separata dal marito²¹⁾. Per ciò nelle leggi questo domicilio vien detto *domicilium matrimonii*²²⁾. La vedova lo conserva anche dopo la morte del marito, ma dipende dal suo arbitrio il mutare questo domicilio²³⁾ a).

d) a cagione del rapporto che scaturisce dalla patria potestà debbono finalmente anche i figli per tutto il tempo che stanno presso il padre e sono nella sua potestà, seguire il suo domicilio. Veramente ULPIANO²⁴⁾ dice: *Filium civitatem, ex qua pater eius natura-*

18) SCHNAUBERTS, *Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten* § 358 e *Ge. Lud.* BOEHMER, *Princip. iur. canon.* §§ 553 e 554.

19) § 1 *J. de patr. potest.* L. 1 *D. de ritu nuptiar.* [23 2].

20) L. 65 *D. h. t. L. ult.* § 3 *D. ad Municipal.* L. fin. *Cod. de incolis.*

21) Un tale contratto sarebbe in parte contraddittorio alla *conditio matrimonii* come ULPIANO dice L. 65 in fin. *C. h. t.* in parte *contra receptam rev rentiam, quae maritis exhibenda est*, come si esprime questo giurista L. 14 in fin. *D. soluto matrimonio* [24 3], nè potrebbe quindi essere di alcuna efficacia riguardo al *forum domicilii* del marito a cui la moglie rimane tuttavia soggetta. V. HUBER *h. t.* § 45. — *Io. Ortiv.* WESTENBERG, *Princip. iur. sect. ord. digestorum* *h. t.* § 92.

22) L. 5 *D. de ritu nuptiar.*

23) L. 22 § 1 *D. ad Municipal.* L. ult. *Cod. de incolis.* — V. CRELL. *Diss. de foro viduarum* § 3.

24) L. 6 § 1 *D. ad Municipal.*

a) Già abbiamo detto sopra del domicilio della moglie. Notiamo che il nostro codice civile art. 18 supplì un difetto del codice francese e dei precedenti italiani aggiungendo che la moglie, divenendo vedova, conserva il domicilio del marito, finchè non ne abbia acquistato un altro.

Viceversa si dovrà pure ritenere che il marito conserva il domicilio della moglie benchè egli sia assente e finchè la sua assenza non sia stata giudizialmente dichiarata (In questo senso Corte app. di Bologna 19 luglio 1867. *Ann. Giur. ital.* II (1868) 2, p. 214).

lem originem ducit, non domicilium sequitur. Ma che qui ULPIANO parli del *forum originis* che certamente non si stabilisce in base ad ogni temporaneo domicilio del padre, è già stato dimostrato sopra (p. 110). Da questo devesi distinguere il domicilio dei figli che sono ancora sotto la patria potestà; il quale è da stabilire secondo il domicilio del padre²⁵). Per tanto anche ULPIANO è da intendere solo pel caso che il figlio col consenso del padre abbia cambiato il proprio domicilio²⁶). Perciocchè lo stesso giurista dice in un altro luogo: *Placet etiam, et filios familias domicilium habere posse. Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicunque ipse domicilium constituit*²⁷). A ciò si riferisce anche quello che PAPINIANO²⁸) dice: *Patris domicilium, filium, aliorum* (cioè come il POTHIER²⁹) osserva *alterius municipii incolam, civilibus muneribus alienae civitatis non adstringit; cum in patris quoque persona domicilii ratio temporaria sit* a). Al contrario

²⁵) VOET, *Comment. h. t.* § 100 e *Io. Flor. Rivinus in Diss. de non praesumpta domicilii mutatione*, Lipsiae 1726 § 7.

²⁶) Così intendono ULPIANO anche PEREZ *Praelect. in Cod. lib. X tit. 39 num. 9* e POTHIER in *Pandect. Iustinian. tom. III tit. ad Municipalem n. XXV pag. 594.*

²⁷) L. 3 e 4 D. *ad Municipalem.*

²⁸) L. 17 § 11 D. *eodem.*

²⁹) L. cit. not. e.

a) L'art. 18 del cod. civ. cap. 2.^o stabilisce: il minore non emancipato ha il domicilio del padre o della madre o del tutore.

È secondo ciò che anche insegna il GLÜCK p. 113 il domicilio di origine di una persona è per noi quello che aveva suo padre al momento in cui essa nacque. PACIFICI-MAZZONI, *Istit. di dir. civile* II 3.^a ediz. p. 117 nota 2.

Per lo stesso art. 18 capo ultimo, il maggiore interdetto ha il domicilio del tutore.

Qui dobbiamo aggiungere una parola sul servo. Tanto nel codice francese art. 109 quanto nei codici italiani precedenti (cod. due Sic. art. 114, Albert. art. 72, Est. art. 40) era dichiarato che i maggiori di età che servono abitualmente (i citati cod. ital. aggiungevano *o lavorano*) in casa altrui, hanno lo stesso domicilio delle persone alle quali servono o nella cui casa lavorano purchè vi sia la circostanza della abitazione con queste nella medesima casa.

Nei progetti CASSINIS, MIGLIETTI, PISANELLI del patrio codice non si fece parola del domicilio delle persone di servizio. La Commissione senatoria riprodusse la disposizione relativa del codice francese osservando che questa, senza ledere la libertà e l'indipendenza di colui che serve o lavora in casa d'altri, gli attribuisce per maggiore suo comodo il domicilio più consentaneo alla sua intenzione e ai suoi interessi. Ciò dette luogo ad una seria discussione nel seno della Commissione di coordinamento

e) per mezzo di una disposizione di ultima volontà non può essere imposto a taluno l'obbligo di un permanente domicilio in un determinato luogo se anche a lui furono lasciati sotto tal condizione un'eredità o un legato. Perocchè anzi una tale condizione come ledente il diritto della libertà naturale, non è da ritenersi come obbligatoria e quindi si ha per non apposta ³⁰⁾ a).

II. Per libera determinazione viene costituito un domicilio

1. quando ci si stabilisce in un luogo col proprio patrimonio, e si ha pure

2. la intenzione di rimanere permanentemente in questo luogo sino a che speciali motivi non ci determinano a cambiare questa residenza ^{b)}. La semplice abitazione in un luogo è tanto poco sufficiente a costituire un domicilio quanto il solo possesso di una casa,

³⁰⁾ L. 71 § 2 D. *de condit. et demonstrat.* [35 1]. *Titio centum relicta sunt ita, ut a monumento meo non recedat, vel ut in illa civitate domicilium habeat: potest dici, non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur.* Sol tanto ai proprii liberti un romano poteva imporre tale condizione. L. 8 § ult. D. *de aliment. et cibariis legat.* [34 1]. L. 52 D. *de manumiss. testam.* [40 4]. — T. Gregorii MAIANUSII, *Diss. de his, quae sub modo relinquuntur* § 21 (in *etus. Disputat. iuris* tom. III pag. 133).

(cfr. egregiamente ASTENGO, DE FORESTA, ecc. *Cod. civ.* p. 241-242). In favore della conservazione di un articolo simile a quello del codice francese e dei codici italiani si diceva che le persone di servizio e i lavoranti, rozzi per lo più, incolti e privi di relazioni potrebbero facilmente venir pregiudicati nei loro interessi e nell'esercizio dei loro diritti quando avessero conservato il loro domicilio dove più non risiedono. Tuttavia la grande maggioranza della Commissione fu di parere contrario perchè cambiando spesso padrone dai servi e dagli operai, conservando quella disposizione, il loro domicilio sarebbe troppo instabile, con grave pregiudizio dei terzi: e perchè il costringere le persone di servizio e i lavoranti ad avere il domicilio del loro padrone li riduceva alla condizione poco meno di schiavi, incapaci di avere lari e famiglia.

a) Quantunque nel nostro codice simile condizione apposta ad un testamento non sia espressamente indicata come contraria alla legge, la giurisprudenza a ragione la considera tale. Pertanto in base al principio dell'art. 849 *Cod. civ.* sarebbe da ritenere illecita e quindi come non aggiunta al testamento la condizione che l'erede fissi il suo stabile domicilio e l'abitazione in un dato luogo con divieto di allontanarsene per più di due mesi ciascun anno (Corte cass. Torino 3 luglio 1874, *Ann. Giur.* VIII (1874) I, 1 p. 256; nello stesso senso Corte app. Brescia 16 dicembre 1874, *Ann. cit.* IX (1875) 2 p. 129) cfr. anche nello stesso senso LOSANA, *Le success. testament. secondo il cod. civ.* p. 338 si riguardo alla residenza, si riguardo al domicilio. Vedi il SEBAFINI, *ad Arndts* I, § 72 nota 9 lett. f.

b) Queste due condizioni corrispondono a quelle dell'art. 17 *Cod. civ.*

quando non vi sia in pari tempo congiunta quella intenzione di volere avere in tal luogo il proprio durevole domicilio, PAPINIANO ³¹⁾ dice espressamente: *Sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit*; e nello stesso modo rescrivono gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO ³²⁾: *Cum neque originales, neque incolas vos esse memoratis; ob solam domus vel possessionis causam publici iuris auctoritas muneribus subiugari vos non sinet*. Soltanto ha luogo una eccezione quando in un paese è introdotto il pieno Landsassiato ^{a)}; in tal caso il semplice possesso di beni ivi situati può produrre un domicilio ³³⁾. Tuttavia anche la semplice intenzione di voler prendere il proprio durevole domicilio in un luogo, non è di per sè stessa sufficiente se non vi si aggiunga il *factum* dell'abitazione. Quindi dice PAOLO ³⁴⁾: *Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione*; e POMPONIO ³⁵⁾ richiede assolutamente pel concetto di un *incola*, *ut in loco quodam, quasi in aliqua sede, moretur*. È possibile frattanto che taluno abbia un doppio domicilio. Tale è il caso di taluno che in due diversi domiciliî abbia aziende pienamente avviate e, cambiando, ora si trattiene nell'uno ora nell'altro luogo, ovvero in più luoghi, eserciti mestieri. LABEONE era di altra opinione come PAOLO ³⁶⁾ ha osservato. LABEO *iudicat*, dice questo giurista, *eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere*. Ma egli pure ritiene per giusta la opposta opinione. Per questa si pronunzia anche, ULPIANO ³⁷⁾ quando dice: *Viris*

³¹⁾ L. 17 § 13 D. *ad Municipal.* [50 1].

³²⁾ L. 4 *Cod. de incolis* [10 39].

³³⁾ GEISLER, *Commentat. de Landsassiatu.* — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4221 not. f.

³⁴⁾ L. 20 D. *ad Municipal.*

³⁵⁾ L. 239 § 2 D. *de verb. signific.* [50 16].

³⁶⁾ L. 5 *ad Municipal.*

³⁷⁾ L. 6 § 2 D. *eodem.*

a) Per comodo dei lettori italiani ricordiamo che nel diritto tedesco distingueasi il Landsassiato pieno dal meno pieno. Il primo indica la piena sottoposizione, anche per le azioni personali, di un individuo che possiede un fondo in un altro Stato ai tribunali di questo: il secondo la sottoposizione dell'individuo stesso al tribunale del luogo ove la cosa è situata soltanto per le azioni reali a questa relative. Ofr. anche *Deutsche Civilprozessordn.* § 13-32.

prudentibus placuit, duobus locis posse aliquem habere domicilium; si utrobique ita se instruit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur; e in altro luogo ³⁸⁾ dice appunto questo giurista: OELSIUS libro primo *Digestor. tractat: Si quis instructus sit duobus locis aequaliter, neque hio quam illo minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat existimatione animi esse accipiendum. Ego dubito si utrobique destinato sit animo, an possit quis duobus locis domicilium habere? et verum est habere, licet difficile est.* In tal caso quindi, poichè taluno ha un domicilio in due diversi luoghi, deve pure riconoscere i tribunali dei due luoghi come suo personale fòro, e dipende semplicemente dalla scelta dell'attore dove questi vuole convenirlo ³⁹⁾.

§ 513.

Un domicilium voluntarium può essere costituito così espressamente come tacitamente.

La intenzione di voler prendere il proprio permanente domicilio in un luogo, può essere data a conoscere tanto espressamente quanto tacitamente mediante atti. Il primo caso si ha quando taluno si è fatto ricevere nel numero dei cittadini del luogo ove egli abita è conformemente agli altri sudditi ha prestato il giuramento di ossequio ⁴⁰⁾ a). Tacitamente b) viene manifestata la intenzione di voler fissare il proprio durevole domicilio in un luogo

³⁸⁾ L. 27 § 2 D. *eodem*.

³⁹⁾ F. ZANGER, *Tr. de Exceptionibus* parte II cap. I n. 95. — LAUTERBACH, *Colleg. Pand. h. t.* § 25. — MALBLANC, *Conspect. rei iudic.* § 159. D'altra opinione tuttavia è il VOET h. t. § 92, il quale afferma che il convenuto sia da citare là dove risiede con la sua famiglia al momento in cui è promossa l'azione.

⁴⁰⁾ STRUBEN, *rechliche Bedenken* parte 2 pens. 25 pag. 115.

a) Secondo il nostro diritto (art. 17 *Cod. civ.*) il domicilio si acquista e si trasferisce col fatto del trasferimento della residenza accompagnato dall'intenzione di fissare nel luogo del trasferimento stesso la sede principale dei propri affari ed interessi. Tale intenzione si manifesta espressamente nei modi indicati nel cit. art. 17 cap. ult.

b) L'art. 17 *Cod. civ.* cap. ult., ammette pure una tacita dimostrazione della in-

1. quando taluno si stabilisce in un luogo e vi comincia ad esercitare traffici e mestieri e fa pure tuttociò a cui gli altri abitanti del luogo sono autorizzati od obbligati ⁴¹).

2. quando taluno vende le sue cose che egli possedeva nel luogo ove ha abitato fino ad ora, e insieme colla moglie e coi figli si trasferisce in un altro luogo e v'impiana una nuova azienda domestica ⁴²).

⁴¹) L. 27 § 1 D. *ad Municipalem*. *Si quis negotia sua in municipio semper agit, in illo vendet, emit, contrahit, eo in foro, balneo, spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibusque denique municipii commodis fruitur, ibi habere videtur domicilium.*

⁴²) L. 203 D. *de verbor. signific.* [50 15]. *Constitutum est, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset: Vi è qui da avvertire che la parola domus si adopera ivi per domicilium. Veggasi L. 5 § 2 D. *in iur.* [47 10]. Del resto domus e domicilium sono affatto differenti. V. POMPA *de different. verbor.* pag. 218 (*Edit.* 1741), e CUIACIUS lib. XXIV *Obs.* 33. Si può possedere una casa propria in un luogo senza avervi il domicilio L. 17 § 13 D. *ad Municip.* L. 4 C. *de incol.* Si può anche avere un domicilio senza possederne una casa propria. L. 5 § 2 D. *de iur. Sedes* equivalgono qui a *lares* e non indicano ogni abitazione, ma quella casa dove il romano aveva il suo *lararium* ossia la sua cappella domestica, dove egli venerava i suoi lari e penati, cioè i suoi numi domestici. L'espressione *larem fovere* che ricorre nella L. 2 C. *ubi senator. vel clarissimi* [3 24] è spiegata molto bene da ZANGER, *de exceptionib.* parte II cap. 1 n. 15 seg. Si veda anche ALEX. ADAM, *Handbuch der römischen Alterthümer* parte I pag. 513 seg. *Tabulae* dicevansi qui i libri dei conti di casa e giornalieri in cui il padre di famiglia romano aveva cura di scrivere la sua entrata ed uscita. CICERO, *Verrin.* II C. 7 74*

tensione di voler fissare o trasferire il proprio domicilio in un luogo. Infatti leggeasi ivi che questa intenzione si prova colla doppia dichiarazione fatta all'ufficio dello stato civile del Comune che si abbandona e a quello del Comune in cui si fissa il domicilio, o con altri fatti che valgano a dimostrarla.

Quest'ultima frase ha riprodotto più concisamente quella dei progetti CASSINIS e MIGLIETTI: *in mancanza della detta dichiarazione è ammessa la prova dei fatti che valgano a dimostrare l'attuale domicilio della persona.* Ma pur come si trova oggi, allude a circostanze e a fatti da cui può desumersi l'intenzione di trasferire il domicilio. Essendo fatti infinitamente vari, sarebbe stato impossibile che il legislatore li prevedesse tutti ed ha dovuto quindi abbandonarne ai tribunali la ricerca e l'apprezzamento (ASTENGO, DE FORESTA, ecc. *Cod. civ.* p. 325). Si tenga conto quindi delle ipotesi che fa il GLÜCK, le quali hanno valore oggi pure. Cfr. POTHIER, *Introd. aux Coutumes* chap. I n. 20. LAURENT, *Princip. de droit civ. franc.* II n. 81 p. 111. Invece l'elezione di uno speciale domicilio deve essere sempre espressa: art. 19 *Cod. civ.*

3. Quando taluno ha portato in un luogo la più gran parte dei suoi beni ed ivi comincia ad abitare senza che sia nota un'altra cagione per la quale egli voglia trattenervisi soltanto per un certo tempo ⁴³⁾.

4. quando taluno in un dato luogo assume un ufficio che richiede ivi la sua continua presenza ^{44) a)}.

Al contrario dalla circostanza che taluno, sia pure per lungo tempo, a cagione di affari, di salute o di studii o per isfuggire alle minacce di guerra o di altro pericolo risiede in un luogo, non si può in alcuna guisa indurre lo stabilimento di un durevole domicilio ⁴⁵⁾. Quindi non si può dire che un commerciante abbia un domicilio nel luogo ove esercita il suo traffico nei tempi di fiera, quando anche egli per ciò abbia preso in affitto in tal luogo un negozio, una bottega o un fondaco per le merci ⁴⁶⁾. Così la semplice intrapresa di un affitto in altro luogo, se anche esso fu conchiuso per molti anni e sia con-

76 e *pro ROSCIO Com. c. 1.* — ERNESTI *Olav. Ciceron. V. tabula.* Finalmente *constitutionem rerum suarum facere* significa qui tanto quanto *rem suam familiarem ita instruere ut appareat, aliquem fixam ibi sedem habere velle.* Vedi *Ans. Frid. PISTORIUS in Diss. ad fragmenta, quas ex Alfoni Vari libris XL Digestorum supersunt, praes. Car. Christi. HOFACKER def. Tübingae 1775 ad L. 203 cit. pag. 132 seg.*

⁴³⁾ L. 2 *O. ubi Senator* [3 24]. *Senatores — in provinciis, ubi larem fovent, aut ubi maiorem bonorum partem possident, et assidus versantur, respondebunt.*

⁴⁴⁾ Si confronti egualmente qui ZANGER *de Exceptionibus* parte II cap. I n. 15-55 e VOET h. t. §§ 97 e 98.

⁴⁵⁾ L. 19 § 2 D. h. t. L. 5 § 5 D. *de iniur.* [9 35]. L. 7 Cod. *de incolis* [10 39]. *Videtur enim, inde profectus, saltem peregrinari, ac si redierit, peregrinare destitisse,* come dice la L. 7 C. cit. — VOET h. t. § 98 e RIVINUS cit. *Diss. de non praesumpta domicilii mutatione* § 20. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 159.

⁴⁶⁾ L. 19 § 2 D. h. t. — STRUV, *Synt. iur. civ. Exerc. IX* § 25. — LYNCKER, *Decis.* 1201.

a) Il nostro codice civile non ha voluto riprodurre le disposizioni del codice napoleonico (art. 106) e degli italiani precedenti al nostro circa al domicilio degli impiegati (ASTENGO, DE FORESTA, ecc. *Cod. civ.* p. 235-236). Questi conservano dunque il primitivo domicilio, ma può darsi che i giudici interpretino come mutamento di domicilio il fatto della residenza obbligatoria altrove. BIANCHI, *Corso elem. di cod. civ.* I n. 274.

giunto alla personale residenza sul fondo affittato, non costituisce alcun permanente domicilio, posto anche che l'affittuario abbia prestato il giuramento di omaggio al signore di questo paese ⁴⁷⁾. Del pari solo dalla durata del tempo che taluno si è trattenuto in un dato luogo non si può giudicare che egli abbia ivi stabilito il suo domicilio, come molto giustamente il nostro autore ha osservato. Perocchè la opinione di quei giureconsulti ⁴⁸⁾, i quali vogliono presumere lo stabilimento di un durevole domicilio della residenza dei dieci anni in un luogo, è stata già da lungo tempo con fondamento rigettata da altri ⁴⁹⁾.

In generale in tali casi, poichè sorge dubbio se alcuno abbia stabilito il suo domicilio in un luogo, devesi equamente rilasciare al prudente arbitrio del giudice il decidere in base alle circostanze se taluno mediante atti abbia dato sufficientemente a conoscere la propria intenzione di voler scegliere per proprio durevole domicilio un dato luogo ⁵⁰⁾. Imperocchè la stessa dichiarazione di quegli del cui domicilio si disputa, non può sempre servire per decidere, in-

⁴⁷⁾ Si veda STRUBEN, *rechtl. Bedenken* parte IV pens. 75. — RIVINUS, cit. *Diss.* § 19. Diversamente ordina l'*Ordinanza giudiziaria generale per gli Stati prussiani* parte I tit. 2 § 12.

⁴⁸⁾ MASCARDUS, *de Probationib. Conclus.* DXXXV n. 7. — COTHMANN, vol. 1 *Resp.* XXI n. 64. — FRANCO, de AMAJA, *Comment. ad Tit. Cod. de incolis* n. 104 seg. Si invoca la L. 2 C. *de incolis*; ma questa legge parla di un caso speciale da cui non si può trarre alcuna regola generale. V. LEOND. BEELS, *Diss. de foro domicilii* cap. II § 4. Inoltre le parole della L. 2 cit. *nisi decem annis transactis eo loco sedes sibi constituerint* dimostrano chiaramente che anche per coloro i quali si trattengono in un luogo *studiorum causa*, il semplice decorso di dieci anni non basta quand'anche altre circostanze di fatto non appoggino questa intenzione di costituire ivi un domicilio; per esempio, quando essi comprano ivi case o altri fondi, come hanno dimostrato anche DONELLUS in *Commentar. iur. civ.* lib. VII cap. 12. Ant. MATTHAEI *de iudiciis* (Amstelodami 1665 8) *Disputat.* IV § 10 e Io. DID. VON LEEUWEN in *Diss. de iuris studiosis* parte I (*Traiecti ad Ehen.* 1757) cap. I § 5 (in Ger. OELRICHS, *Tes. nov. dissertation. iuridic. Belgicar.* vol. II tit. I pag. 131). Si veda anche HUBER, *Praelect. ad Pandect.* h. t. § 44.

⁴⁹⁾ LAUTERBACH, *Diss. de domicilio* § 32. — LEYSER, *Meditat. ad Pandect.* vol. II *Specim.* LXXII *medit.* 2. — WERNHER, *Observat. for.* Th. II parte VII *Obs.* 148. — RIVINUS cit. *Diss.* § 25.

⁵⁰⁾ VOET *ad Pandect.* h. t. § 97. — LEYSER, *Specim.* LXXV *medit.* 1. — DANZ, *Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes* § 27 pag. 63.

segnando la esperienza che quella sovente, come una *protestatio facto contraria*, non può esser presa in alcuna considerazione ⁵¹⁾. Nel dubbio pertanto è sempre da presumere che taluno abbia continuato il domicilio paterno o quello avuto sino ad ora, piuttostochè averne stabilito un nuovo ⁵²⁾. Infatti un mutamento di domicilio nel dubbio non vien mai presunto ⁵³⁾: spetta quindi in ogni tempo la prova a colui che ciò afferma ⁵⁴⁾.

§ 514.

In quali limiti è permesso un cambiamento di domicilio? a)

Di regola dipende dalla libera volontà di ciascuno di scegliere quella residenza che a lui piace e quindi anche di cambiare il domicilio avuto fino a qui. *Nihil est impedimento*, dice MARCELLO ⁵⁵⁾, *quominus quis, ubi velit, habeat domicilium quod ei interdictum non sit*; e già CICERONE ⁵⁶⁾ riteneva per una prerogativa principale della libertà, *ne quis invitus civitate mutetur; neve in civitate maneat in-*

⁵¹⁾ Esempi trovansi in CRAMER, *Observat. iur. univ. tit. V Obs.* 1392, in STRUBEN, *Rechtl. Bedenken* parte IV pens. 75, in PUTTER, *Auserlesene Rechtsfälle* vol. I parte IV Decis. CLXIII pag. 1035 e nei *merkwürdige Rechtsfälle* parte 2 n. XXX pag. 204 seg. pubblicati da me insieme col signor consigliere GEIGER.

⁵²⁾ VOET h. t. § 92. — ZANGER, *de exceptionibus* parte II cap. I n. 9-14.

⁵³⁾ *Io. Flor.* RIVINUS in *Diss. de non praesunta domicilii mutatione*, Lipsiae 1726.

⁵⁴⁾ L. 22 D. *de Probationib.* [22 3]. — LAUTERBACH, *Diss. de domicilio* § 65 n. 246. — RIVINUS cit. *Diss.* § 29.

⁵⁵⁾ L. 31 D. *ad Municipalem* [50 1]. L. 12 § 9 D. *de captivis et postlim. rev.* [49 15]. — VOET, h. t. § 99.

⁵⁶⁾ *Orat. pro Corn.* BALBO cap. 13.

a) Questo paragrafo del GLÜCK raggruppa utilmente dei casi che spesso gli odierni civilisti trascurano di riunire sotto un'unica e comoda rubrica. È massima generale che ogni individuo *sui iuris* può cambiare domicilio se la legge non gliene assegna uno determinato. ABNTZ, *Cours de dir. civ. franc.* I n. 194 p. 89. Anzi il codice si occupa del cambiamento di domicilio. Per il divieto di questo cambiamento riguardante i minori non emancipati, gl'interdetti, la donna maritata cfr. BIANCHI, *Corso elem. di cod. civ.* I n. 278.

ritus; come egli per lo contrario ritiene per un *exilium terribile si quasi circumscriptus est habitandi locus* ⁵⁷⁾. Viene tuttavia presupposto,

1. Che colui il quale vuole scegliere un nuovo domicilio, abbia la capacità di dichiarare la volontà a ciò necessaria. Quindi i fanciulli sotto sette anni, i maniaci e le persone dementi, quando non abbiano queste ultime lucidi intervalli, non possono stabilire alcun domicilio ⁵⁸⁾; ma i primi mantengono il domicilio del loro padre; gli altri invece quello che essi avevano stabilito prima della perdita dell'intelletto ⁵⁹⁾. Anche i pupilli e i minori non possono, senza il consenso dei loro tutori e dell'autorità ⁶⁰⁾, cambiare il loro domicilio ⁶¹⁾ al pari dei fanciulli che ancora sono sotto la patria potestà, senza il consenso del loro padre, eccettochè quando essi siano nell'età e nella condizione che, col permesso delle leggi, possono separarsi dai genitori e impiantare una propria famiglia.

2. Così il mutamento del domicilio non può avvenire colla intenzione di danneggiare in questo modo i diritti di un altro o di sottrarsi così in modo ingiusto a certi speciali doveri. Quindi

a) la moglie che vive col marito in un legittimo e ancor sussistente matrimonio ⁶²⁾, non può cambiare secondo il proprio piacimento il suo domicilio, ma deve seguire invece il marito dove egli vuole sta-

⁵⁷⁾ *Paradox.* cap. 2.

⁵⁸⁾ §§ 8 e 10 L. *de inutil. stipulat.* L. 5 L. 40 D. *de Reg. iur.* L. 1 §§ 12 e 13 D. *de oblig. et action.* [44 7]. L. 6 C. *de curat. furiosi* [5 70].

⁵⁹⁾ FRANZKIUS L. 1 *Resolution.* 16 n. 29 seg. — LAUTERBACH, *Diss. de domicilio* § 35.

⁶⁰⁾ LAUTERBACH c. 1 § 36, — BYNOKERSHOEK, *Quaestion. iur. privati.* lib. I cap. 16. — RIVINUS, cit. *Diss.* § 23.

⁶¹⁾ LAUTERBACH, cit. *Diss.* § 37 n. 130-132. — QUISTORP, *Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien* n. 21 pag. 340.

⁶²⁾ Se il matrimonio è sciolto, la moglie, come fu sopra già dimostrato (pag. 118), può cambiare a piacimento il suo domicilio; si veda anche WERNHEE, *Observat. for.* tom. 2 pag. 10 *Obs.* 260. Se tuttavia il defunto marito le ha lasciato un legato sotto la condizione di non rimaritarsi o di restare per un certo tempo nel domicilio del suo defunto marito insieme coi propri figli e di tenerli presso di sè, perde il legato se a cagione di un secondo matrimonio o di una separazione dai suoi figli cambia il suo domicilio. L. 30 § 5 D. *de legat.* III Nov. 22 [ZACH. 48] cap. 44. — CRELL, *Observationes de foro viduarum* § 5 e WESTPHAL, *hermeneu. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen* § 604.

bilire il domicilio, quando anche nel contratto matrimoniale sia stato pattuito che il marito non possa cambiare il domicilio contro la volontà della moglie⁶³). Questo contratto non può vincolare il marito quando egli assume un nuovo ufficio che lo chiama altrove o altre cagioni lo determinano a cambiare il suo precedente domicilio⁶⁴). Controversa è invece la questione se la moglie sia pure obbligata a seguire il marito quando egli a cagione del commesso delitto, debba a titolo di pena abbandonare il domicilio avuto fino allora. Molti giureconsulti⁶⁵), alla cui opinione anche il nostro autore in un altro luogo⁶⁶) ha aderito, lo affermano effettivamente. I motivi sono che i coniugi debbono dividere fra loro gioie e dolori⁶⁷), e che oltre a ciò il matrimonio è una *individua vitae consuetudo* il cui vincolo non viene sciolto dalla relegazione del marito⁶⁸). Tuttavia la maggior parte dei giureconsulti⁶⁹) si pronuncia più equitativamente per la opposta opinione,

⁶³) VOET h. t. § 101 *et ad Tit. Digest. de pact. dotal.* § 20. — MEVIUS, parte VI *Decis.* 227. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 159 pag. 291. — DANZ, *Grunds. des gemeinen ord. bürgerl. Processes* § 27 pag. 61. D'altra opinione sono veramente LAUTERBACH, in *Diss. de domicilio* § 61. — *El. Aug. STRYK, Diss. de mutatione domicilio* cap. IV n. 18 seg. — WERNHER, *select. Observation. for. tit. III parte II. Obs.* 261 e *Io Henr. BALECKE, in Commentat. de iuribus ex mutatione domicilii maxime intuitu coniugum resultantibus* (Rostockii et Wismariae 1755). *Sect. I* § 9. Però anche questi giureconsulti eccettuano il caso: *si iusta et urgens supervenerit domicilii mutandi causa*. Si veda LAUTERBACH l. c. § 63 e in *Colleg. Pand. Tit. de ritu nupt.* § 89, ed anche VERNHER l. c. Essi pongono inoltre l'efficacia del contratto solamente in questo che la moglie sia autorizzata a cercare l'interesse suo quando il marito in contraddizione al contratto cambia il suo domicilio e questo mutamento è dannoso alla moglie. Vedi LAUTERBACH l. c. § 62. Neppure il VOET h. t. § 101 nega ciò.

⁶⁴) Secondo questa opinione decise anche la Rota romana nell'anno 1784. Si veda *Frans Ios. HARTLEBENS Vollständige Anzeigen und unparth. Beurtheilung der neuesten juristischen Litteratur für das Jahr 1784* (Mainz 1785) pag. 476 seg.

⁶⁵) CARPZOV, *Iurisprud. Consistor.* lib. II *Definit.* 203 n. 12 e in *Iurisprud. for.* parte IV *Const.* 47 *Def.* 7. — VOET, h. t. § 101. — DABELOW, *Grundsätze des allgemeinen Eherechts der teutschen Christen* § 168.

⁶⁶) Tom. II § 1225 in fin.

⁶⁷) L. 22 § 7 *De soluto matrim.*

⁶⁸) L. 24 *Cod. de donat. inter vir. et uxor.* [5 16]. L. 1 *Cod. de repud.* [6 19] Nov. XXII cap. 13.

⁶⁹) HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. § 413 n. 1. — CLAPROTH, *Einleitung*

quando un tale cambiamento del domicilio dovesse riuscire per la donna un danno palese ed una rovina della sua azienda domestica; e questa opinione è accettata anche nella pratica ⁷⁰). Infatti non si può ragionevolmente sostenere che sia una disgrazia di quelle che la moglie è costretta a sopportare questa che il marito a cagione di un commesso delitto è bandito dal paese. La *individua vitae consuetudo* non può neppure venire in considerazione quando in tal guisa sarebbe pure punita la moglie innocente, la quale niun delitto commise; nè le leggi vogliono che taluno soffra pel delitto di un altro. Il titolo del codice *ne uxor pro marito vel maritus pro uxore conveniatur* [4 12] parla, è vero, soltanto di casi civili, ma per la completa analogia e il fondamento della legge, ne deve essere fatta applicazione anche ai casi penali ⁷¹). In vero affatto generale è la disposizione della *L. 22. C. de poenis* [9 47]: *Sancimus ibi esse poenam, ubi et noxia est. Propinquos, notos, familiares procul a calumnia summovemus, quos reos sceleris societas non facit. Nec enim adfinitas vel amicitia nefarium crimen admittunt. Peccata igitur suos teneant auctores: nec ulterius progrediatur metus, quam reperitur delictum.* Il LAUTERBACH ⁷²) obietta veramente in contrario che ciò che è conseguenza del vincolo matrimoniale non costituisce alcuna pena. Tuttavia da ciò conseguirebbe che la moglie dovrebbe fare compagnia al marito anche in prigione od in fortezza. Ma tanto non si può estendere il *consortium omnis vitae* che secondo MODESTINO ⁷³) costituisce il carattere del vincolo matrimoniale. Contradice anzi l'imperatore COSTANTINO ⁷⁴), il quale espressamente stabilisce: *Ne alieni criminis infortunio adstringatur uxor.* Secondo il nuovo diritto romano la punizione del marito, quando pure consista in una deportazione, non abolisce veramente *ipso iure*

in den ordentlichen bürgerlichen Process parte I § 34 pag. 115. — QUISTORPS, *Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien* n. XXI pag. 339. — SCHOTT, *Einleitung in das Eherecht* § 182 nota **** pag. 401. — DANZ, *Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes* § 27 pag. 64, ecc.

⁷⁰) MALBLANC, *Conspect. rei iudicial.* § 159 pag. 291 in fin. e seg.

⁷¹) KLEINSCHROD'S, *Systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts* parte 2 § 37 pag. 89 seg.

⁷²) *Colleg. th. pract. Pandect.* lib. XXIII tit. 2 § 90.

⁷³) *L. 1 D. de ritu nuptiar.* [23 2].

⁷⁴) *L. 24 Cod. de donation. inter vir. et uxor.*

il matrimonio ⁷⁵); tuttavia conferisce alla moglie il diritto di pretendere giudizialmente lo scioglimento del matrimonio ⁷⁶).

b) Anche i servi (*Leibeigene*) non possono cambiare il loro domicilio senza il consenso del loro signore. Se ciò accada, essi non solo possono in ogni luogo ove vengono trovati essere oggetto di pretesa e di rivendicazione, ma anche perciò aggravati di una pena arbitraria ⁷⁷). Così pure

c) anche coloro che fino ad ora si sono trovati in pubblici uffici e servigi, non possono allontanarsi senza aver ricevuto il congedo; e parimente richiedesi a coloro che sino ad ora hanno tenuto gestioni o condotto altri affari che rendano opportunamente conto prima di cambiare la loro residenza ⁷⁸) a). Ma anche

d) altri sudditi i quali non stanno in tale dipendenza possono, riguardo alla libertà di emigrazione secondo le leggi del paese nel quale sino a qui hanno avuto il loro domicilio, essere in varia guisa limitati ⁷⁹); ed è in oltre senza dubbio da ritenere come giustissima

⁷⁵) Si veda qui specialmente *Corn. Wilh. de RHOER, Dissertation. de effectu religionis christianae in iurisprud. Rom. fasc. I* (Groeningae 1776 8) *Diss. VI* § 35 pag. 297 seg.

⁷⁶) L. 8 § 2 Cod. *de repudiis* [5 17].

⁷⁷) QUISTORPS, Memoria se e in quanto il mutamento di residenza sia da riguardare come delitto e quale pena abbia luogo per ciò (nei suoi *Beiträge* n. XXI pag. 342 seg.).

⁷⁸) QUISTORPS, *Abhandl.* cit. pag. 335.

⁷⁹) *Io. Christoph. RUDOLPH, Observationes de iure emigrandi et transmigrandi subditorum*, Erlangae, *Io. Ge. Frid. NEYD, de iure emigrandi in Germania*, Tubingae 1775. — *Io. Frid. Wilh. SCHEGEL, Commentat. de eo quod iustum est circa emigrationem civium*, Goettingae 1787. — *Frid. HIESCH, Commentat. de iure emigrationem civium prohibendi*, Goett. 1787. — *Erhard LETH, Commentat. de iure emigrandi ex uno territorio in aliud Germaniae et in exteras oras eiusque restrictione*, Goettingae 1788, e *Io Aug. Lud. SEIDENSTICKER, Commentat. de iure emigrandi*, Gotting. 1783. — *Ge. Steph. WIESAND, Diss. de limitibus, quibus facultas domicilii mutandi circumscribitur*, Vitembergae 1791.

a) Secondo l'art. 97 *Cod. proc. civ.* l'azione per rendimento di conti di una tutela o di una amministrazione si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu conferita o esercitata. Onde il trasferimento di domicilio o di residenza del tutore o dell'amministratore in luoghi diversi da quelli alternativamente accennati in esso articolo non avrebbe efficacia circa al fòro competente. Ma crediamo che di un divieto di mutare il domicilio o la residenza non si possa parlare in questi casi secondo il nostro diritto.

quella restrizione che i sudditi i quali vogliono abbandonare il paese col loro patrimonio sieno almeno obbligati a manifestare il loro disegno alla autorità del luogo e versare allo Stato la imposta che gli spetta o la tassa per la partenza ⁸⁰⁾ a). Solo per motivi di religione accordano le leggi imperiali tedesche a tutti e singoli i sudditi dell'impero tedesco una illimitata libertà di emigrare ⁸¹⁾, cosicchè anche i servi in caso che la loro partenza abbia per fondamento la libertà di coscienza, non possono essere impediti dal loro padrone, quando essi oltre l'usuale imposta per la partenza, sono pronti a sborsare anche l'usuale tassa di liberazione per il conseguimento della loro libertà ⁸²⁾.

Quando del resto il nostro autore osserva che la imposta la quale vien pretesa dai cittadini o sudditi emigranti col loro patrimonio, (*census emigrationis, gabella emigrationis*), derivi la sua origine dalla schiavitù o servitù tedesca di un tempo, e che quindi per la consuetudine, la quale tuttavia nel dubbio deve esser dimostrata, sia stata più ampiamente estesa, egli tocca un punto che, come è noto, è molto controverso fra i giureconsulti. Riguarda la questione se il

⁸⁰⁾ Si confronti qui il *Diritto territoriale prussiano* parte 2 tit. 17 sez. 2 § 127 seguenti pag. 1019. Nei §§ 139 e 140 si dice: colui che senza il prescritto annunzio e la richiesta permesso dello Stato imprende ad emigrare, incorre in una pena arbitraria pecuniaria e corporale; e colui che cerca di sottrarre allo Stato l'imposta della partenza deve pagare al medesimo a titolo di pena il quadruplo valore di essa.

⁸¹⁾ Prima di tutto avvenne questo riguardo ai cattolici mediante il *Deor. Imp.* dell'anno 1530 § 60. Poi venne esteso anche agli evangelici nella *Pace della religione* dell'anno 1555 § 24. Tuttavia in tal guisa che i diritti speciali e le costumanze di ogni luogo riguardo all'imposta furono espressamente conservati. Siccome tuttavia sorgevano alcune controversie e lagnanze intorno al significato di queste leggi imperiali fra le due confessioni religiose, furono esse finalmente e completamente eguagliate con la *Pace di Vestfalia* dell'anno 1648 art. VI §§ 30, 36 e 37. Vedi MOSER, *von der Landeshoheit im Geistlichen* vol. IV cap. 14 § 9 e VEYD, cit. *Diss.* § 37.

⁸²⁾ *Pax Relig. de 1555 § 24 et Instrum. Pac. Osnabrug.* art. V § 37. — QUISTORP, cit. *Abhandlung* pag. 341.

a) La scienza dell'amministrazione condanna oggi qualunque divieto alla libertà di emigrare. Non bisogna ridurre lo Stato una prigione, dice giustamente il ROSCHER.

diritto di pretendere imposte sia una derivazione della signoria territoriale o se esso senza riguardo alla medesima sia fondato nella semplice consuetudine la quale perciò da colui, che tal diritto voglia esercitare, dovrebbe essere in caso di dubbio sempre dimostrata. La prima ipotesi negano molti giureconsulti, sia antichi sia moderni, i quali ritengono la imposta riguardo ai contadini come un diritto signorile, riguardo ai cittadini al contrario come un diritto di supremazia, di cui il primo abbia il suo originario fondamento nella schiavitù di un tempo, il secondo invece nella partecipazione ai debiti contratti in comune finchè per il mezzo della ritorsione la imposta è diventata a poco o poco di generale consuetudine⁸³).

Questi giureconsulti recano per fondamento della loro opinione che anche le leggi imperiali tedesche che parlano della imposta non la dichiarano come regalia signorile, ma soltanto volevano che dovesse essere concessa come in ogni luogo, dagli antichi tempi in poi, è stato usuale, tradizionale e praticato⁸⁴). Altri, al contrario, ritengono il diritto d'imposta per un diritto della sovranità, il quale abbia per iscopo di impedire la emigrazione dei membri dello Stato e in pari tempo per fondamento principale un indennizzo allo Stato per il patrimonio che esce fuori dal paese, il quale fino ad ora era stato considerato e trattato come una parte integrante del pubblico patrimonio dello Stato⁸⁵). Questi affermano quindi che ogni signore

⁸³) HEINECCIUS, *Elem. iur. germ. tit. I § 61 nota a.* — LEYSER, *Méditat. ad Pand.* vol. VI *Specim. CCCXXX medit.* 1-3. — HAEBERLIN in *Handbuch des deutschen Staatsrechts* vol. 3 (Berlin 1797) § 368 pag. 164. — KLEIN in *Merkwürd. Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät* vol. 3 n. XVI pag. 257 seg.

⁸⁴) *Dec. Imp.* dell'anno 1530. *Dec. Imp.* del 1555 § 24 e del 1594 §§ 82 e 84.

⁸⁵) *Franz. Jos. BODMANN, Pragmatische Geschichte, Grund- und inneres Territorialverhältniss des Abszugs- und Nachsteuerrechts in Teutschl.* Mainz 1791 8. Del medesimo *Inneres Territorialverhältniss des Abszugs- und Nachsteuerrechts Mainz 1791 e Aeusseres oder nachbahrliches Territorialverhältniss des Abszugs- und Nachsteuerrechts in Teutschland überhaupt, und in Erstifto Mainz insbesondere Mainz 1795 8.* — LANGE, *Anmerkungen und Berichtigungen zu BECK'S Abhandlung von Nachsteuer und Handlohn Baireuth 1781 4* pref. e parte I cap. 1 osserv. 2. — WESTPHAL, *Teutsches und reichsständisches Privatrecht* parte I mem. 4 e *Wilh. Aug. Frid. DANZ, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts* vol. 3 §§ 322-326.

tedesco per la sovranità territoriale che gli spetta, è autorizzato ad introdurre imposte, quando anche questa specie di tributo non fosse stato ancora richiesta. Solo i mediatizzati che si attribuiscono tale diritto, dovrebbero dimostrarlo. Siccome la dottrina del diritto d'imposta non entra qui, così una ulteriore indagine su quella questione resta fuori della mia sfera.

§ 515.

Qualità ed estensione del forum domicilii.

Di regola ciascuno è soggetto così alle leggi come ai tribunali del luogo ove ha il suo domicilio, in quanto non gli spetti un privilegio ⁸⁶⁾ a). Questo foro che è costituito dal domicilio del convenuto, è

1. generale dove tutte le azioni sieno reali o personali, petitorie o possessorie, possono essere promosse contro di lui quando anche la cosa su cui cade controversia non è sottoposta alla giurisdizione del giudice del domicilio ⁸⁷⁾, e anche il convenuto non è ivi pre-

⁸⁶⁾ L. 29 D. *ad Municipalem* [50 1]. — LAUTERBACH, *Tract. de domicilio* § 58. — WERNHER, *Observat. for.* tom. II parte X *Observat.* 453. — PÜTTERS, *auserlesene Rechtsfälle* vol. 1 parte I *Deduct.* 1 §§ 3 e 7.

⁸⁷⁾ L. 10 e 11 D. *de Rei vindicat.* [6 1]. L. ult. *Cod. ubi in rem actio* [3 19]. L. un. *Cod. ubi de hereditate* [18 4]. — Marc. LYCKLAMA e NIEHOLT, *Membranar.* lib. IV *Eclog.* 3 4 e 5. — Ant. FABER, *Conjectur.* lib. XX cap. 9 in fin. — Io. Iac. WISSENBACH, *Exercitat. ad Pandect. Disput.* XVI P. 22. — Arn. VINNIUS, *Select. iuris quaestion.* lib. 1 cap. 18. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect. h. t.* § 46. de BERGER, *Oecon. iuris.* lib. IV tit. IV parte I nota 5. — de COCCEJI, *iur. civ. controv. h. t.* qu. 11 e *ad Eundem* EMMINGHAUS, *Gebr. OVERBECK, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* vol. 3 med. 177. — DANZ, *Grds. des gem. ordentl. bürgerl. Processes* § 27 pag. 65.

a) Anche nel nostro diritto si può dire che il *forum domicilii* ha valore di regola generale e dipende dai principii dell'*ius commune*, gli altri fori invece costituiscono un *ius singolare*. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della proc. civ. e crimin.* I, 1 p. 149 seg.

sente ⁸⁸⁾. Veramente tutti i giureconsulti non sono concordi su ciò, sostenendo alcuni ⁸⁹⁾ che tanto le azioni reali, quanto i mezzi giuridici possessori debbono essere promossi assolutamente in *forum rei sitae* quando la cosa sul cui dominio o possesso si controverte non è situata nel domicilio del convenuto; altri ⁹⁰⁾ fanno distinzione

⁸⁸⁾ L. 19 D. *de in ius vocat.* [26]. L. 21 § 2 D. *quib. ex caus. maior.* [46]. L. 1 e 2 D. *de reb. auct. iud. possid.* [42 5]. — Ger. NOODT, *Commentar. in Digesta* h. t. pag. 153 (*Operum* tom. 11). — FRANZKIUS in *Commentar.* h. t. n. 27. — LAUTERBACH, *Tr. de domicilio* cap. VIII § 56 n. 204.

⁸⁹⁾ DONELLUS, *Commentar. iur. civ.* lib. XVII cap. 17 e ZANGER, *de Exceptionibus* parte II cap. I n. 343 seg. Fra i recenti ha aderito a questa opinione Christ. Gott. EINERT in *Observation. iuris romani*, Lipsiae 1772 cap. 4. L'argomento principale a favore di quest'opinione togliesi dalla L. 38 D. h. t. dove LICINIO RUFINO dice: *si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi res est.* Ma qui non si fa parola veramente del foro stesso, sìvvero del luogo dove il richiesto legato si deve prestare, come già anche il VINNIUS l. c. ha osservato. RUFINO parte quindi dal principio fondamentale che la prestazione di un legato deve essere fatta là dove esso si trova, in quanto l'erede per cagione di pericolo non lo abbia portato in un altro luogo, o il testatore non abbia diversamente disposto, o il legato consista in cose fungibili. In questi casi la prestazione deve essere fatta colà dove si agisce o dove il testatore lo ha ordinato. L. 47 pr. D. *de legatis* I. Inoltre resta la regola che tanto se il legatario può domandare il legato con un'azione reale, quanto con una personale, soltanto quest'ultima deve essere promossa colà dove trovasi la cosa perchè l'erede è obbligato alla prestazione del legato propriamente soltanto ivi, anche se l'azione fosse stata promossa in *foro domicilii* dell'erede. Con ciò non viene tolta in alcun modo la scelta al legatario di esercitare la sua azione anche in *foro domicilii* come appare dalla L. 50 pr. e § 2 D. h. t. Secondo questa interpretazione non è necessario nè di leggere *solvi* con Franc. HOTTOMAN, *Observation.* lib. III cap. 7, nè con Ger. NOODT in *Commentar.* h. t. pag. 154, di prendere la parola *debet* nel significato di *potest*, quantunque del resto questo significato non sia inusitato L. 2 § 31 D. *ne quid in loco publico* [43 8]. L. 1 pr. D. *de hered. instituend.* [28 2]. L. 9 D. *de auro et arg. leg.* [34 2] e neppure con Ant. FABER, *Rational.* ad h. L. di intendere il passo soltanto per un *legatum per vindicationem relictum*, poichè al tempo in cui GIUSTINIANO promulgò le *Pandette*, la differenza tra i legati riguardo alle formole era già da molto abolita.

⁹⁰⁾ CUJACIUS, lib. V *Observat.* cap. 19 e VOET *ad Pand.* h. t. § 77. Questi vogliono riferire la L. ult. Cod. *ubi in rem actio* [3 19] soltanto alle cose mobili, poichè soltanto di queste vien detto: *quod in aliquo loco constitutae sunt.* Ma a questa interpretazione contraddice la L. ult. Cod. *de praescript. longi temporis* [7 39]. V. BEELS, *Diss. de foro domicilii* cap. II § 4.

tra le azioni reali che hanno per oggetto i mobili, e quelle che hanno per oggetto le immobili, e riguardo alle prime vogliono ritenere come competente il *forum domicilii* del convenuto, per le seconde al contrario il tribunale del luogo ove la cosa è situata. Tuttavia ambedue le opinioni sono state già da altri sufficientemente contraddette ⁹¹⁾. Prima della introduzione del diritto romano era massima dominante che nel domicilio del convenuto potevano essere promosse contro di lui soltanto le azioni personali, le reali invece dovevano essere sperimentate semplicemente dinanzi al giudice del luogo in cui la cosa è situata ⁹²⁾. Ma l'odierno uso del fòro preferisce il diritto romano, e secondo la testimonianza dei più sperimentati pratici giureconsulti ⁹³⁾ è fuori di dubbio che anche nelle azioni reali dipenda semplicemente dall'attore la scelta tra il fòro del domicilio del convenuto e il *forum rei sitae*. Per tanto di regola il fòro del domicilio concorre elettivamente con tutti i fòri particolari ⁹⁴⁾, eccetto quando le leggi facciano una eccezione, per esempio, pel fòro della intrapresa amministrazione degli affari altrui ⁹⁵⁾; così pure quando si controverte intorno ad un recente ed attuale possesso o intorno alla reintegrazione di un possesso perduto per ingiusta azione

⁹¹⁾ Si consulti specialmente SCHILTER, *Prax. iur. Romani Exercitat.* XIII §§ 30 e 31 e *Io. God. BAUER, Prog. actiones reales perinde in foro domicilii atque in foro rei sitae institui possunt* e *EJUSDEM, Progr. forum domicilii pro incompetente actionum realium qui habent, refutuntur* (in *Eius Opuscul.* tom. I pag. 429 seg. e pag. 441 seg.).

⁹²⁾ HEINECCIUS in *Elem. iuris german.* tom. II lib. III tit. 2 § 76. — *Io. Christ. BALSER, Process. acad. de foro rei sitae apud Germanos*, Giessae 1752 4 e *KOPFS Ausführliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der Geistlichen und Civil-Gerichte in den Fürstl. Hessen-Casselschen Landen* parte I sez. 4 § 318 pag. 414.

⁹³⁾ STRYK, *Us. mod. pandect. h. t.* § 35. — SCHILTER c. 1 § 31. — *Frid. Es. a PUFENDORF, Observat. iur. univ.* tom. I *Obs.* 113. — *Aug. a LEYSER, Meditat. ad Pandect.* vol. II *Specim.* LXXII *med.* 9 et *Specim.* XCIV *med.* 1 — *Io. Ad. Theoph. KIND, Quaestion. forens.* tom. II cap. 21 pag. 143. — *MALBLANC, Conspect. rei iudiciar.* § 159 in fin. pag. 292.

⁹⁴⁾ L. 19 § 4 D. h. t. cap. 17 X *de foro compet.* — *SCHMIDTS, öffentliche Rechtsprüche* IV sez. n. LXXIX § 3 pag. 530. — *SCHAUMBURG, Compend. iur. Dig. h. t.* § 34. — *EMMINGHAUS ad Cocceii ius. civ. controuv.* h. t. qu. 11 nota s.

⁹⁵⁾ L. 19 § 1. L. 36 § 1 D. h. t. L. 1 e 2 Cod. *Ubi de ratiocin.* [3 21].

del convenuto ⁹⁶⁾. Questi mezzi giuridici non possono essere propriamente sperimentati con efficacia che in *foro rei sitae* ⁹⁷⁾. Quando altri giureconsulti ⁹⁸⁾ vogliono estendere ciò a tutti i mezzi giuridici possessorii, non può tale opinione essere opportunamente dimostrata con le leggi ⁹⁹⁾; anche la pratica insegna il contrario ¹⁰⁰⁾ ^{a)}. Il fòro del domicilio è finalmente

⁹⁶⁾ L. un. Cod. *ubi de possessione agi oporteat* [3 16].

⁹⁷⁾ PEREZ, *Praelect. ad Cod. lib. III tit. 16 n. 3.* — PUFENDORF, *Observat. iur. univ. tom. III Obs. 156.* — HUBER, *Praelect. in Pand. h. t. § 52.* — SCHAUMBURG, c. l. — DANZ, *Grds. des gemein. bürgerl. Processus. § 27 in fin.* — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar. § 163.*

⁹⁸⁾ DONELLUS, *Commentar. iur. civ.*, lib. XVII cap. 17 e CLAPROTH, *Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Process.* parte I § 34 pag. 113 e nei *Summary. Processu § 29.*

⁹⁹⁾ Si veda EMMINGHAUS *ad Cocceium* h. t. qu. 11 nota x e y e BAUER, cit. *Progr.*

¹⁰⁰⁾ BERGER, *Oecon. iur.* lib. IV. tit. 4 parte I nota 5. — MATTHAEI, *de iudicii Disput.* §§ 19 e 20.

a) L'art. 90 *Cod. proc. civ.* cap. 1.^o stabilisce: l'azione personale e l'azione reale su beni mobili si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza. Mentre pertanto questo articolo contiene un'applicazione della regola generale ricordata nella nota precedente si presenta pure con l'importante limitazione che non è applicabile ai beni immobili e con la novità che vien arificato in esso il fòro del domicilio a quello della residenza. Per incominciare da quest'ultima ricorderò che nei moderni codici si dava ancora la preferenza al domicilio sulla residenza e a questa dovevasi ricorrere solo nel caso in cui il domicilio non fosse conosciuto o fosse fuori di Stato; ma il codice italiano, seguendo il codice sardo del 1859, non sancisce alcuna prevalenza di titolo fra il domicilio e la residenza. Ciò per la ragione che se il domicilio è la sede giuridica della persona, è in pari tempo talora una finzione legale, laddove la residenza accerta un fatto attuale e costante (MATTIROLO, *Dir. giudiz.* I n. 600). Tuttavia in taluni casi si ha riguardo esclusivamente al fòro del domicilio. Invero secondo l'art. 836 *Cod. proc. civ.* la domanda d'interdizione o d'inabilitazione deve esser fatta con ricorso al tribunale civile nella cui giurisdizione ha domicilio la persona contro la quale è proposta.

Nell'ultimo cap. dell'art. 90 cit. il fòro del domicilio o della residenza si applica con eguali criteri al caso in cui sia da convenire in giudizio una società (SABEDO, *Ist. di dir. giud.* n. 175).

Se il convenuto cambia domicilio durante la causa vale la massima *ubi semel acceptum est iudicium ibi et finem habere debet* (MATTIROLO, *Dir. giud.* p. 486 nota 1). In caso di domicilio elettivo secondo l'art. 19 *Cod. civ.*, è competente anche l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu eletto il domicilio (art. 95 *Cod. proc. civ.*).

Per lo stesso art. 90 cap. 2.^o quando il convenuto non abbia domicilio o residenza

2. soltanto intieramente personale quando non trasmettessi agli eredi, ma si estingue con la morte del testatore ^{1) a)}. Invero il domicilio di un uomo dipende dalla sua volontà e può quindi esser cambiato a piacimento in quanto non vi si opponga alcuna legge. Per ciò dice PAPIANO ²⁾ *domicilii ratio temporaria est*. Lo stesso diritto deve spettare all'erede; supposto quindi, si potrebbe dire, che l'erede rappresenti il defunto e sia da ritenersi con lui come una sola persona, bisognerebbe pure concedere che il domicilio proprio dell'erede sia da riguardarsi come un mutamento del domicilio del defunto. Pertanto l'erede semplicemente per le azioni personali che

1) VOET, h. t. § 102. — STRUV., *Synt. iur. civ. Exerc. IX* parte 36. — MÜLLER, *ad eundem*. — WERNHER, *Observat. for.* tom. I parte I *Obs.* 305 in *suppl. nov.* n. 30. — PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. III *Obs.* 156. — MALBLANC, *Conspect. rei. iud.* § 159 pag. 292. — LEON BEELS, *Diss. de foro domicilii Sect. II* cap. II § 3. — CLAPROTH, *Einleitung in den ordentl. bürgerl. Process.* I parte I § 34 pag. 115.

2) L. 17 § 11 D. *ad Municipal.* [50 1].

conosciuta sottentra la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo in cui esso ha la sua dimora temporanea e vale la massima *ubi te invenio ibi te convenio*.

Le questioni cui allude il GLÜCK intorno al *forum rei sitae* e le divergenze tra i giureconsulti sono in larga parte troncate dal nostro codice di procedura. Il *forum rei sitae* costituisce, secondo l'art. 93 di esso, una notevole eccezione al *forum domicilii*. Invero le azioni reali su beni immobili, le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, le azioni possessorie, le azioni di danno temuto e denuncia di nuova opera, le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze legali, le azioni di sfratto per locazione finita si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo ove è posto l'immobile o seguì lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile. Se l'immobile sia soggetto a più giurisdizioni è competente l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la parte soggetta a maggiore tributo diretto verso lo Stato o l'autorità giudiziaria del luogo in cui sia posta una parte qualunque e alcuno dei convenuti abbia domicilio o residenza.

La ragione che indusse a rendere sperimentabili nel *forum rei sitae* anche le azioni possessorie non è soltanto il bisogno della celerità, ma nota il MATTIROLO, *Dir. giud.* I n. 603 anche la ragione che nel luogo dell'insorta controversia più facilmente si raccolgono elementi per la risoluzione della questione.

a) Mentre il domicilio generale è trasmissibile agli eredi, si ritiene che altrettanto non possa dirsi di quello di elezione (speciale). Tuttavia questa ha effetto non solo fra le parti contraenti, ma esizandio fra i loro eredi ed aventi causa eccettochè sia stato pattuito il contrario o ciò risulti dalla natura del contratto pel quale è stato eletto il domicilio (art. 1127 *Cod. civ.*), PACIFICI-MAZZONI, *Istit. di dir. civ.* II 3.^a ed. p. 133.

vengono promosse contro di lui nella qualità di erede non è in alcuna guisa obbligato a riconoscere il *forum domicilii* del suo autore in quanto la causa non sia stata già resa dipendente giuridicamente da questo fòro già durante la vita del defunto ³⁾. Molti giureconsulti ⁴⁾ sostengono veramente che l'erede subentri anche nel *forum domicilii* del suo autore e possa quindi come erede essere ivi convenuto, quando anche non sia ivi presente e l'eredità non vi si trovi più; altri ⁵⁾, al contrario, a cui anche il nostro autore aderisce, pensano che il fòro del defunto sia da ritenersi come fondato, riguardo all'erede, almeno sino a che l'eredità non è ancora divisa; altri poi ⁶⁾ credono finalmente che l'erede almeno sino a che è presente, sia obbligato a comparire nel *forum domicilii* del suo autore. Ma che la *L. 19 D. h. t.* a cui i difensori di tutte queste opinioni si riferiscono parli non del fòro del domicilio ma di quello del contratto, è già stato dimostrato sopra (p. 105). Anche gli altri motivi che si cerca di addurre per l'una o per l'altra opinione, sono già stati vagliati e fundamentalmente confutati dal signor cancelliere COCH. Qui merita una disamina l'unico motivo che il WALCH ha addotto. Questi dice che l'erede il quale adisce l'eredità, conchiude, nel luogo dove la adizione avviene, un quasi contratto, il quale costituisce il vero fondamento di tutte le azioni personali e che hanno luogo contro l'erede. Un contratto fonda invero già di per sè un fòro, quando il contraente è presente in questo luogo o possiede ivi dei beni. Tuttavia anche questo motivo non è importante. Perchè in primo luogo l'adizione della eredità costituisce, come è noto, un quasi contratto soltanto fra l'erede e il legatario ⁷⁾; quindi potrebbero agire contro

³⁾ KOCH, *Diss. de foro heredis* § 18 seg. — HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. IV *Obs.* 590.

⁴⁾ LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.* § 57. — BERGER, *Oecon. iur.* lib. IV tit. IV § 3. — FRANZKIUS, *Comment. h. t. n.* 9 seg. — CRELL, *Diss. de foro viduarum* § 5 ed *Enr. El. Gottl.* SCHWABE, *Tr. de foro heredum competente* § 16 seg.

⁵⁾ SCHAUMBURG, *Comp. iur. Digest. h. t.* § 27. — WALCH, *Introduct. in contr. iur. civ. Sect. IV cap. II* § 5 pag. 753.

⁶⁾ HOFACKER, *Princip. iur. civ. tom. III* § 4254. — *Fratr. BECMANNI, Consil. et Decision. parte I Decis.* 23 n. 8 pag. 316.

⁷⁾ § 5 I. *de obligat. quasi ex contr.*

l'erede in questo *forum quasi contractus hereditatis aditionis* soltanto i legatari, non i creditori del defunto. Inoltre questo fòro è pure un nuovo fòro che viene anzitutto costituito nella persona dell'erede, nel quale il domicilio del defunto non viene in considerazione perchè l'adizione della eredità può succedere anche in un altro luogo ^{a)}).

§ 516.

B. *Fori particolari.* 1. *Foro della connessione delle cause ;* 2. *del contratto.*

I fòri particolari che sono costituiti soltanto riguardo a talune specie di cause o per singoli casi sono molto vari come sopra (§ 510 pag. 95 segg.) fu generalmente osservato. Qui vogliamo, secondo l'ordine del nostro autore, parlare di quelli che le leggi hanno introdotto pel motivo che tali cause che hanno permesso o ordinato di trattare in questi fòri, possono essere trattate per la loro speciale qualità con minore incomodo e meglio dinanzi ai medesimi che dinanzi al giudice generale del convenuto. A questi appartiene

1. quel fòro speciale che viene costituito per la connessione di più diverse cause presso un giudice che senza questo congiungimento sarebbe incompetente (*forum continentiae causarum*); di questo si tratterà al lib. II tit. 2.

a) Anche nel nostro diritto si ha una competenza per cagione del contratto e quindi un'altra deroga al principio *actor sequitur forum rei*, senza che perciò sia menomata riguardo agli immobili la competenza del *forum rei sitae*. L'art. 91 *Cod. proc. civ.* dispone: l'azione personale e l'azione reale su beni mobili si possono anche proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, o in cui si trovi la cosa mobile, oggetto dell'azione, purchè il convenuto sia ivi citato in persona propria. Dall'avverbio *anohe* scorgesi come questo fòro del contratto concorra col fòro generale senza tuttavia escluderlo.

Si richiede per la costituzione del fòro del contratto che il convenuto sia citato in persona propria e che la citazione sia fatta nel territorio giurisdizionale dall'autorità giudiziaria adita (MATTIROLI, *Dir. giud.* I n. 605).

Nelle materie commerciali l'azione personale e reale su mobili possono anche proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce o in cui deve eseguirsi l'obbligazione sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria (*Cod. proc. civ.* art. 91 cap.).

2. Il fòro del contratto ¹⁾. Questo è fondato presso il giudice del luogo ove taluno in base ad un contratto può essere convenuto ^{a)}. Quindi può essere

a) il luogo dove il contratto mediante speciale pattuizione deve essere adempiuto. GIULIANO ²⁾ dice: *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret se obligavit*. Qui non viene in ulteriore considerazione il luogo dove il contratto raggiunge la sua esistenza ³⁾. Anzi dice GAIO espressamente: *Contractum non utique eo loco intelligi, quo negotium gestum sit: sed quod solvenda est pecunia* ⁴⁾. Non vi è bisogno poi

1. che già nella conclusione del contratto sia determinato il tempo del pagamento; ma il *forum contractus* sorge nel luogo dove il debitore dopo la conclusione del contratto, mediante un *constitutum* ha promesso di fare il pagamento ⁵⁾. Anche può

2. essere convenuto che l'attore pel suo credito sia autorizzato a citare il convenuto presso ogni giudice nel cui distretto giudiziario egli si trovi al tempo dell'adempimento del contratto ⁶⁾.

1) Burkhard BARDILI, *Disp. de competentia fori ratione contractus*, Tubingae 1686. — Henr. Aug. KNEISEN, *Diss. de foro contractus*, Göttingae 1779 e Io. Ludv. SCHMIDT, *von dem Gerichtsstande des Contracts nei suoi Oeffentl. Rechtsprüche* sez. 4 n. LXXIX pag. 529 seg.

2) L. 21 D. *de Obligat. et action.* [44 7].

3) VOET, *Commentar. ad Pand. h. t. § 73 in fin.* — STRUV. *Synt. iur. civ. Exerc. IV § 41* e MÜLLER *ad Eundem* nota a. Se tuttavia il contraente ha il suo domicilio nel luogo dove fu conchiuso il contratto, può ivi pure essere convenuto. L. 19 § ult. D. h. t. *Ign. a* COSTA *Praelect. ad illustrior. quosd. Titulos locaque select. iuris. civ.* pag. 133 seg.

4) L. 3 D. *de reb. auctorit. iudicis possid.* [42 5].

5) L. 16 § 1 D. *De pecun. constituta* [13 5].

6) STYRK, *de cautelis contract. Sect. 1 cap. V § 18.* — SCHMIDT, l. c. § 4 pag. 531.

a) Nella nostra giurisprudenza è stato deciso che la competenza eccezionale stabilita dall'art. 91 capo del codice di procedura civile per le cause commerciali non riguarda soltanto le azioni tendenti ad ottenere l'esecuzione del contratto, ma anche quelle che mirano a farne dichiarare la risoluzione o a conseguire i danni e interessi (Corte cass. Napoli 9 giugno 1868, *Ann. Giur. it.* II (1868) I, 1 p. 267). Così l'art. 91 cap. fu applicato alle cause di redibitoria per vizio scoperto nella merce dopo la consegna (Corte cass. Firenze 30 giugno 1873, *Ann. Giur.* VII (1873) I, 1 p. 380 e 24 novembre 1873 *Ann.* VIII (1874) I, 1 p. 10).

3. Se più luoghi sono determinati, bisogna distinguere se sono indicati alternativamente o copulativamente. Nel primo caso spetta all'attore la scelta dove egli voglia agire per l'adempimento del contratto ⁷⁾; soltanto il debitore deve anche essere effettivamente *in mora* ⁸⁾. Nell'altro caso invece il *forum contractus* è fondato in ambedue i luoghi e si può agire in ogni luogo soltanto per una parte del debito ⁹⁾.

4. Nei legati e fedecommissi alla cui prestazione si obbliga l'erede *quasi ex contractu* mediante l'adizione dell'eredità, il testatore può avere determinato il luogo del pagamento; siccome l'erede deve sottomettersi alla volontà del suo autore, può quindi essere convenuto ivi ¹⁰⁾.

b) Se riguardo al luogo dove l'adempimento del contratto deve avvenire niente è determinato, il fòro del contratto è fondato nel luogo dove il contratto stesso è giunto alla sua perfezione, o dove ha avuto esistenza la obbligazione simile ad esso. La parola contratto designa qui come PAOLO ¹¹⁾ dice, ogni obbligazione, o come il DONELLO ¹²⁾ dichiara, ogni lecito negozio da cui sorge una obbligazione, sia esso un contratto o un fatto lecito unilaterale, che genera una *obligatio quasi ex contractu*. Perciò ULPIANO ¹³⁾ dice: *Si quis tutelam vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loco administravit: et si ibi domicilium non habuit, ibi, se debet defendere; et si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur. Proinde, continua ULPIANO, etsi merces vendidit certo loco, vel disposuit vel comparavit, videtur nisi alio loci, ut defenderet, convenit ibidem se defendere*. Si vede di qui in pari tempo che l'obbligazione di farsi convenire nel luogo ove il contratto è

7) L. 2 § 3 D. *de eo quod certo loco* [13 4].

8) *Ohrist. Wilh. WERN, Doctrina iuris. explicatrix principior. et causar. damni praestandi*, cap. IV § 66 nota 3 pag. 427.

9) L. 2 § 4 D. *de eo quod certo loco*.

10) L. 50 pr. D. h. t. L. 47 pr. D. *de legat.* — I. DONELLUS, *Commentar. iur. civ. lib. XVII c. 15* e POTHIER, *Pandect. Justin. tom. 1 h. t. num. XLIII pag. 182*.

11) L. 20 D. h. t.

12) *Commentar. iur. civ. lib. XVII cap. 14*.

13) L. 19 §§ 1 e 2 D. *eod.*

perfezionato si ritiene di per se stessa come una obbligazione accessoria od un *naturale* del contratto ¹⁴). Tuttavia per giudicare retamente dove il contratto è giunto alla sua perfezione, è d'uopo che sia considerato ciò che in parte per la natura del contratto, in parte per la speciale pattuizione dei contraenti è richiesto per la perfetta obbligatorietà del medesimo. Si prendono quindi in considerazione

1. i requisiti essenziali del contratto i quali secondo la natura di ogni contratto sono differenti. Per ciò nei contratti reali dove è avvenuta la tradizione; nei contratti consensuali dove i contraenti sono stati concordi ed è stata accettata la promessa ¹⁵), ecc.

2. La speciale pattuizione delle parti; per esempio, quando è stata convenuto la scrittura come condizione del perfezionamento del contratto, è luogo del contratto, quello dove ambedue le parti lo hanno sottoscritto ¹⁶). Fuori di questo caso il luogo dove il contratto è stato redatto in iscritto viene in considerazione così poco ¹⁷), come il luogo dove è avvenuta la giudiziale conferma del medesimo, in quanto questo non sia richiesta dal disposto delle leggi del paese per la sua perfezione ¹⁸). Così si ha sempre riguardo soltanto al contratto principale, quando pure il contratto accessorio è stato concluso in un altro luogo. Per tanto quando io abbia assicurato in un terzo luogo l'adempimento di una promessa già validamente fatta, tale *constitutum debiti proprii* non fonda alcun *forum*, ma io debbo essere convenuto là dove è avvenuta la promessa principale ¹⁹). Soltanto avrebbe certamente luogo una eccezione quando l'obbligazione del debitore fosse stata fornita di azione soltanto

¹⁴) DONELLUS, *Commentar. iur. civ.* lib. XVII cap. 14 e *Cristph. MARTIN, Lehrbuch des deutschen gemein. bürgerlichen Processes* (Göttingen 1800) § 29.

¹⁵) VOET *ad Dig.* h. t. § 73. — *Corn. van. ECK, Diss. de foro competenti* (Trajecti ad Rhen. 1704) cap. 5 e KNEISEN, cit. *Diss.* cap. II § 5.

¹⁶) L. 17 Cod. *de fide instrum.* [22 4]. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4234 nota i.

¹⁷) L. 38 D. *de Obligat. et action.* [44 7]. — VOET, *Commentar. ad Pandect.* h. t. § 73 p. 261.

¹⁸) BARDILI, cit. *Diss.* cap. IV n. 23. — KNEISEN, cit. *Diss.* cap. II § 9 e SCHMIDT, *l. c.* § 6 pag. 534.

¹⁹) L. 8 D. h. t. BARDILI, cit. *Diss.* cap. X n. 7. — KNEISEN, cit. *Diss.* cap. II § 5 n. 6.

per la ripetuta promessa di pagamento; come, per esempio, tale è il caso di colui che mentre è sotto la patria potestà ha ricevuto a prestito del danaro e dopo che è doventato *sui iuris* ha assicurato al debitore il pagamento di questo mutuo ²⁰⁾.

Tale fôro è competente riguardo a tutte le azioni derivanti dal contratto siano esse rivolte alla obbligazione basata sul negozio stesso (*actiones directae*), ovvero ad una controbbligazione da esso accidentalmente scaturita (*actiones contrariae*) ²¹⁾; purchè le leggi non abbiano fatto una speciale eccezione come, per esempio, per l'azione della moglie a cagione della dote, la quale è da promuovere presso il giudice del luogo dove il marito ha avuto il suo domicilio ²²⁾. Se in questo fôro si possa agir anche per la rescissione del contratto, è molto controverso tra i giuristi. I più, a cui anche il nostro autore (nota *k*) aderisce, lo negano assolutamente e sostengono che contradica alla natura di questo fôro, perchè qui può essere preteso soltanto l'adempimento del contratto ²³⁾. Si crede di poter anche meglio dimostrar ciò con questo che presso tale tribunale non si possa domandare una reintegrazione nel pristino stato ²⁴⁾. Altri ²⁵⁾ ardiscono affermare precisamente ciò che quelli negano, in parte perchè ULPIANO ²⁶⁾ non distingue tra adempimento e rescissione del contratto, in parte perchè la *condictio indebiti* secondo PAOLO ²⁷⁾ può

²⁰⁾ WEBERS, *Systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit* sez. XI § 127 pag. 601 seg.

²¹⁾ *Frid. Es. a PUFFENDORF, Observationes iuris univ.* tom. II Obs. 149.

²²⁾ L. 62 D. h. t. *Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est: nec enim id genus contractus est, ut et, eum locum spectari oporteat, in quo istrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.*

²³⁾ LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect.* h. t. § 49. — MALBLANC, *Conspect. rei iudicial.* Rom. Germ. § 164 in fin. — SCHMIDT, nella citata Memoria § 1 (*Rechtssprüche* n. LXXIX). — DANZ, *Grunds. des gemein. ordentl. bürgerl. Processes*, § 31 ecc.

²⁴⁾ L. 2 C. *ubi et apud quem in int. restitut.* [2 47].

²⁵⁾ CARPZOV, *Respons.* lib. II tit. 2 *Resp.* 29 n. 10 e 11. — FRANZKIUS, *Resolut.* lib. III *Res.* XI n. 3 e *Iac. Henr. FLEISCHMANN, Diss. de foro contractus in actionibus contractum rescindentibus*, Giessae 1761.

²⁶⁾ L. 19 § 1 D. h. t.

²⁷⁾ L. 27 D. *de condict. indeb.* [12 6].

essere promossa anche in questo fòro. Battono la più sicura via senza dubbio coloro ²⁸⁾ i quali distinguono il caso che il fondamento della rescissione sia nel contratto stesso, di guisa che per tale scopo possa essere adoperata l'azione contrattuale, dal caso contrario. Nel primo caso, quando, per esempio, al contratto siano stati uniti la *lex commissoria* o il *pactum additionis in diem* o il *pactum displicentiae* si può agire in questo fòro del contratto anche per la rescissione di questo. In vero secondo PAOLO ²⁹⁾ questo fòro è fondato per ogni obbligazione derivante del contratto. Inoltre vien qui promossa anche l'azione contrattuale. Nell'ultimo caso invece non è costituito il fòro del contratto; quindi presso questo tribunale non può esser domandata una reintegrazione nel pristino stato, poichè qui il motivo della rescissione non trovasi nel contratto ³⁰⁾. A ciò non contradice la circostanza che la *conditio indebiti* possa essere promossa nel luogo dove è avvenuto il pagamento, costituendo il pagamento dell'indebito una obbligazione *quasi ex contractu*. Azioni che hanno per base una tale obbligazione hanno luogo pienamente nel fòro del contratto. Inoltre dice PAOLO ³¹⁾: *Qui loco certo debere existimans indebitum solvit, quolibet loco repetet*. Quindi pel ricevimento dell'indebito non ne sorge un fòro là dove il pagamento è avvenuto: *non enim*, aggiunge il giureconsulto romano, *existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur*; cioè perchè la specie della ripetizione non si giudica secondo la erronea opinione di colui che ha pagato l'indebito ³²⁾. Secondo l'ordinanza giudiziaria prussiana ³³⁾ può tuttavia essere pretesa senza distinzione in questo fòro, così la rescissione del contratto, come la esecuzione del medesimo.

Del resto, per la costituzione di questo fòro è richiesto che il con-

²⁸⁾ Io. STRAUCH *ad L. Decisiones Justiniani Exercit.* III cap. 3 n. 30 seg. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. Rom. Germ.* tom. III § 4235. — CLAPROTH, *Einleitung in den ordentl. bürgerl. Process.* parte I § 37. — KNEISEN, *cit. Diss.* cap. III § 4 seg.

²⁹⁾ L. 20 D. h. t.

³⁰⁾ HOFACKER, c. l. nota a pag. 670 e STRAUCH, *cit. loc.* n. 34 pag. 78.

³¹⁾ L. cit. 27 D. *de condict. ind.* [12 6].

³²⁾ V. Ant. FABER, *Rational. in cit. L. 27 D. de condict. indeb.* e POTHIER, *Pandect. Iustinian.* tom. I tit. *de condict. indeb.* n. XLVII nota g pag. 377.

³³⁾ Parte I tit. 2 § 151.

venuto sia personalmente trovato in questo luogo o che vi possieda beni i quali possano essere colpiti di sequestro. Secondo le leggi delle Pandette ciò non è soggetto di menomo dubbio ³⁴⁾. Veramente asseriscono molti giureconsulti ³⁵⁾ che secondo il diritto delle Novelle ³⁶⁾ il fòro del contratto sia da ritenersi competente anche quando il contraente da convenire non si trovi in questo luogo nè vi possieda patrimonio. Questa opinione può anche concordare con la costituzione romana politica e giudiziaria, poichè le autorità che si trovavano sotto un capo generale, potevano sicuramente calcolare sopra uno scambievole ausilio ³⁷⁾. Ma secondo l'odierno uso del fòro, che si appoggia specialmente al diritto canonico ³⁸⁾, è deciso che il

³⁴⁾ L. 19 *pr. et* §§ 1 e 2 D. h. t. L. 1 2 e 3 D. *de reb. auct. iud. possid.* [42 5]. — KOCH, *Diss. de foro heredis* § 20.

³⁵⁾ De COCCEJI, *ius civ. controv. h. t.* qu. 15. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand. h. t.* § 48. — Io. Ort. WESTENBERG, *Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t.* § 97. — KNEISEN, *cit. Diss. cap. II* § 10 seg.

³⁶⁾ Nov. LXLIX [ZACH. 88] cap. I § 1.

³⁷⁾ L. 8 C. *de episcop. auct.* [1 4].

³⁸⁾ Cap. 1 § 3 *de foro compet.* in 6^{to}. I canonisti non sono tuttavia concordi nella interpretazione di questo testo. ENGEL in *Colleg. univ. iur. canon.* lib. II tit. II § 3 n. IV sostiene che secondo questo testo il *forum contractus* non sia altrimenti fondato se non quando il contraente da convenire si può trovare in questo luogo, poichè vi si dice espressamente: *contrahentes aliarum dioecesum super contractibus, initis in Remensi dioecesi ab eisdem, nisi inventiantur ibidem, trahere coram se non debent invitos*. Secondo queste parole sarebbe quindi contraddittorio che potesse essere autorizzata una *missio in bona quae ibi habet* contro un assente che tuttavia contro la sua volontà, non può essere citato dinanzi a questo tribunale, quando pure egli non compare, perchè questa immissione è una pena della disobbedienza. Si potrebbero quindi intendere le seguenti parole: *licet in possessionem bonorum quae ib. habent etiam cum alibi copiam sui faciant, si eorum auctoritate citati, comparere contemnunt, possint missionem facere contra eos*, soltanto pel caso che l'assente sia obbligato a comparire davanti al giudice del luogo del contratto, come, per esempio, quando egli siasi assolutamente sottoposto a questo fòro con espressa rinuncia al fòro del suo domicilio, o non abbia promesso di pagare soltanto in questo luogo, ma anche in un dato tempo, per esempio, se sia obbligato a pagare alla messe. Al contrario afferma PLACID. БОРСКНН in *commentar. in ius. canon. univ.* lib. II tit. 2 n. 37, che un assente possa secondo il diritto canonico essere citato senza distinzione in *foro contractus* quando pure non possieda beni in questo luogo. Tale opinione ha veramente maggior fondamento che quella prima, dicendo il Papa espressamente: *vel decernere faciendam in possessionem bon-*

fòro del contratto sia fondato soltanto sotto quell'alternativa presupposizione³⁹⁾. Se questi requisiti ricorrono, deve ogni contraente riconoscere qui il suo fòro riguardo al contratto, nè può impedire la applicazione di esso una esenzione personale del debitore relativamente al suo fòro⁴⁰⁾ od un *privilegium de non evocando* del suo signore⁴¹⁾. Se tuttavia nel luogo dove questo fòro, nell'una o nel-

norum, quae in alia etiam dioecesi obtinere noscuntur: sed tunc loci dioecesanus ad denuntiationem ipsorum faciet huiusmodi missionem. La contradizione che ENGEL ha creduto di trovare nelle precedenti parole di questo testo è affatto insussistente poichè queste parole vogliono chiaramente dire che l'assente non può essere tratto dinanzi al *forum contractus* per propria autorità di questo giudice, ma possa essere citato soltanto mediante *subsiliales* o *edictales*, come de COCCEJI in *ius civ. contrav. h. t. qu. 15 in fin.* a cui anche EMMINGHAUS, *ad eundem* nota l'aderisce, ha spiegato esattamente questo passo. Veramente DONELLUS in *Commentar. iur. civ. lib. XVII cap. 14* obietta in contrario che una citazione sussidiaria non possa avere luogo per questo che il giudice citante non abbia niente sotto il suo fòro per potere spiegare una esecuzione contro il convenuto disobbediente, nè potrebbe ordinare una immissione nei beni che esso possiede altrove. Ma a ciò ha già risposto molto bene SCHMIDT nei suoi *Rechtssprüche* sez. 4 n. 79 § 9 che ciò non impedisce al giudice del luogo del contratto di fare portare ad esecuzione la sentenza valida, mediante il sussidio del giudice sotto cui abita il convenuto ed ha i suoi beni. Secondo l'uso del fòro è tuttavia deciso che quando il contraente da convenire non sia presente nel luogo del contratto nè vi possieda beni non possa essere citato dal giudice del luogo del contratto neppure mediante requisizione del giudice sotto cui egli abita. — CARPZOW, lib. II *Resp.* 30 n. 5. — GAIL, lib. II *Obs.* 36 n. 14. — ZANGER, *de Exceptionibus* cap. I parte II n. 178 e 186. — FRANZKIUS, lib. III *Resolut.* 11 n. 28.

³⁹⁾ WERNHER, *Observat. for. t.* II parte VIII *Obs.* 304. — PUFFENDORF, *Observat. iur. univ. tit. II Obs.* 149. — REINHARTH, *Select. Observat. ad Christinaei Decisiones* vol. II *Obs.* 21. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* volume II *Specim. LXXIII medit.* 1. — de LUDOLF, *Observat. for.* parte I *Obs.* 15. — STRUBEN, *rechtliche Bedenken* parte 2 pens. 27. — PÜTTER, *Auserlesene Rechtsfälle* vol. 3 parte 3 *Resp.* 305 n. 17 pag. 773. — MOSER, *von der teutschen Gerichtsverfassung* parte I vol. 1 cap. 4 § 8. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. tom. III § 4235.* — MALBLANC, *Conspect. rei iudic.* § 164. — CLAPBOTH, *Einleitung in den ordentlichen burgerl. Process.* parte I § 37. — DANZ, *Grunds. des gemein. Processes* § 31. — GROLLMANN, *Theorie des gericht. Verfahrens in burgerl. Rechtsstreitigkeiten* § 39.

⁴⁰⁾ L. 19 pr. D. h. t. — LEYSER, *Specim. LXXIII med.* 6. — HOMMEL, *Hapsod. quaest. for.* vol. I *Obs.* 65 n. 2.

⁴¹⁾ De LUDOLF, *Observat. for.* parte I *Obs.* 6. — SCHMIDTS, *Oeffentliche*

l'altra guisa è fondato si hanno più tribunali, decide di regola il rapporto personale del debitore, della competenza di un determinato tribunale; soltanto per questo riguardo il convenuto può avere un fòro privilegiato *in foro contractus* ⁴²⁾. È tuttavia richiesto in ogni caso che al convenuto sia opportunamente consegnata la giudiziale citazione ⁴³⁾, ciò che è da effettuare nel caso che egli non sia presente, mediante requisizione dell'autorità dove egli abita, in quanto i beni che egli possiede nel luogo del contratto non sieno di tal qualità che in essi possa essere opportunamente insinuata una citazione. Per esempio, egli ha in questo luogo una casa o un negozio, dove si trovano persone a lui appartenenti ⁴⁴⁾. È già stato osservato in un altro luogo ⁴⁵⁾ (§ 510 *b* pag. 105) che il fòro del contratto si trasmette anche all'erede e che questi alle stesse condizioni del suo autore può essere convenuto ivi. Qui aggiungo io soltanto per conclusione che a questo fòro si rinunzia tacitamente quando si diventa creditori di un semplice viaggiatore ⁴⁶⁾. Del resto anche il

Rechtsprüche n. 2 LXXIX § 7 pag. 535 e specialmente ABEL nella Memoria: « Può il privilegio imperiale *de non evocando* concesso specialmente ai singoli fòri tedeschi essere addotto con fondamento di diritto contro il *forum contractus*? » (nel *neu. jurist. Journal. Ronneburg und Leipzig* 1799) vol. I fasc. 1 n. 5 pag. 26 seg.).

⁴²⁾ PUFFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. II *Obs.* 149. — MARTINS, *Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes* § 29 e GROLLMANS *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten* § 39 nota *.

⁴³⁾ HOFACKER l. c. § 4235 in fin.

⁴⁴⁾ L. 19 § 3 D. h. t. — SCHMIDT in *Offenl. Rechtsprüche* n. LXXIX § 8 pag. 536.

⁴⁵⁾ Parecchi giureconsulti affermano veramente che l'erede, quando non si trova presente *in foro contractus* non possa ivi esser convenuto altro che se il suo autore si era già impegnato nella lite presso questo fòro: per esempio GAIL, lib. I *Obs.* 37 n. 8; KNEISEN, *Diss. de foro contractus* cap. II § 14. Ma la L. 19 *pr. D. de iudic.* dove si appoggiano dice il contrario, e anche la L. 34 D. *eodem* non favorisce questa opinione: piuttosto il motivo di decisione ivi addotto *quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est* fornisce un ancor più grande appoggio alla opposta opinione. Vedi KOCH, *Diss. de foro heredis* § 22 e GROLLMANS, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten* § 42 nota 3 pag. 49.

⁴⁶⁾ L. 19 § 2 D. *de iudic.* [I 5]. — WERNHER, tom. II parte VIII *Obs.* 304. — de COCCEJI, *iur. civ. controv.* h. t. qu. 16.

viaggiatore con cui si è contrattato deve riconoscere come un fòro il luogo del contratto e si può procedere contro di lui per garanzia di questo fòro, con arresto della sua persona o sequestro dei beni ⁴⁷⁾.

§ 517.

3. Fòro derivante dal delitto.

Un terzo fòro speciale è quello che taluno deve riconoscere a cagione del commesso delitto. Questo fòro che è detto penale, viene oggigiorno fondato in una doppia guisa: 1. per la trasgressione delle leggi penali, e 2. per la cattura del delinquente. Si ha quindi un doppio fòro speciale nei casi penali:

1. un fòro del commesso delitto ⁴⁸⁾ che viene costituito presso il tribunale del luogo dove è stato eseguito quell'atto della trasgressione della legge penale che forma oggetto di cognizione;

2. un fòro della cattura ⁴⁹⁾ che è presso il tribunale del luogo dove l'imputato o il delinquente sono presi dopo il fatto commesso. Noi vogliamo intorno all'uno e all'altro fare le più necessarie osservazioni poichè questa dottrina veramente appartiene al diritto criminale ^{a)}.

A) Per ciò che riguarda il fòro del commesso delitto, può questo

⁴⁷⁾ Alex. CAROUI, *Diss. de foro advenae contrahentis ad L. 9 § 2 D. de iudic. Gryphiswaldiae 1699.* — SCHMIDT, l. c. § 5 pag. 532.

⁴⁸⁾ Car. God. de WINCKLER, *de foro delinquentium* (in *Eius Opuscul. minor.* Dresdae 1792 vol. I parte I n. 1.

⁴⁹⁾ De WINCKLER, *de officio iudicis deprehensionis* (in *Opusc. minor.* l. c. n. 15) e KLEINSCHROD, *von dem Gerichtstande der Deprehension in peinlichen Fällen* (nell'*Archiv. des Criminalrechts* vol. 2 sez 3 n. III pag. 35 seg.).

a) Perciò appunto riguardo a questo paragrafo e al seguente ci limiteremo a riferire che secondo gli articoli 15-16 del nostro *Cod. di proc. pen.* si dà preferenza al giudice del luogo del commesso reato e che ignorandosi questo luogo sottentra la competenza del giudice del luogo della cattura. Cfr. PESCATORE, *Sporz. compend. della proc.* II, 1 p. 106 seg. II, 2 p. 55 seg. Per le ragioni che fecero prevalere in penale alla giurisdizione del domicilio del reo quella del luogo del commesso delitto, cfr. CARRARA, *Progr.* § 880 seg.

ultimo che pel suo avverarsi costituisce il medesimo, essere compiuto o semplicemente incominciato, ma non compiuto. Nel primo caso vale come *forum delicti* il tribunale del luogo dove è compiuto l'atto principale che costituisce il concetto del delitto. Non si ha riguardo quindi

1. al luogo dove avvennero gli atti preparatorii o il fatto fu incominciato ⁵⁰). Veramente il nostro autore afferma che quando il delitto fu cominciato in un luogo, compiuto nell'altro, decida la prevenzione della competenza del foro ⁵¹). Altri ⁵²) al contrario affermano che nel presente caso ad ambedue i giudici spetta simultaneamente l'esercizio della giurisdizione penale riguardo al delitto commesso e che qui non ha luogo alcuna prevenzione. Tuttavia quando gli imperatori ANTONINO e SEVERO ⁵³) distinguono il *forum ubi delictum commissum vel inchoatum est*, sotto quest'ultimo non si può intendere altro che il caso in cui il delitto fu semplicemente incominciato, ma rimase incompiuto ⁵⁴). Quando al contrario il delitto è stato compiuto, la distinzione tra il foro del delitto cominciato e del compiuto è da rigettare come erronea ⁵⁵). Inoltre

2. non si deve prendere in considerazione il luogo dove soltanto si verificò la conseguenza del delitto. Così, per esempio, in un ferimento mortale, il foro del commesso delitto non è fondato nel luogo dove il ferito per cagione di quelle ferite muore, ma dove il ferimento mortale avvenne; nel furto non là dove le cose rubate furono portate, ma dove la sottrazione fu fatta ⁵⁶).

⁵⁰) Von QUISTORP, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts* parte 2 § 570 pag. 66. — DORNS, *Versuch eines pract. Commentars über das peinliche Recht* vol. 2 § 304 pag. 71 e FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Teutschland geltenden peinlichen Rechts* § 542.

⁵¹) Di questa opinione sono anche SCHAUMBURG, *Compend. iur. Dig. h. t.* § 29 e CLAPROTH, *Einleit. in die sämmtl. summarischen Prozesse* § 455.

⁵²) MEISTER, *Ausführliche Abhandl. des peinlichen Processes in Teutschland* pag. 5 punto princ. 13 § 6 pag. 634. — De BOEHMER, *Observat. select. ad Carpovium quaest. CX Obs.* 3 e 4. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiclar.* § 160 pag. 296.

⁵³) L. 1 Cod. *ubi de crimin. agi oportet.* [3 15].

⁵⁴) Con me concorda anche PUTTMANN, *Element. iur. crim.* § 736.

⁵⁵) GROLLMANN, *Grundsätze des Oriminalrechtswissenschaft* § 590 e TITTMANN, *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft* § 389.

⁵⁶) Arg. L. 15 e 51 D. *ad legem Aquil.* [9 2]. — MEISTER nella Memoria

3. Se un delitto è stato commesso al confine, e non si può precisare su qual territorio è avvenuto, ovvero è accaduto in pari tempo in due diversi distretti giudiziarii, come, per esempio, taluno colpisce un individuo che si trova in un altro territorio, ambedue i giudici confinanti sono competenti riguardo al delitto stesso. Deve quindi veramente essere costituito un tribunale comune e il processo condotto in comune⁵⁷⁾. Parecchi giureconsulti⁵⁸⁾, ai quali appartiene anche il nostro autore, vogliono fare entrare anche qui una prevenzione secondo la quale costituirebbe la propria cognizione, escludendo gli altri, quel giudice il quale mediante citazione del colpevole avesse incominciato il processo penale. Ma quantunque tale prevenzione fosse vantaggiosa per le esigenze della giustizia, perchè ad un tribunale criminale comune si congiungono alcune difficoltà, non si può nullameno sostenere la medesima in base ai principii del diritto comune, come già il MEISTER⁵⁹⁾ ha dimostrato.

Io vengo adesso all'altro caso sopra considerato, che cioè si tratti di un delitto semplicemente incominciato il quale rimase incompiuto. In questo l'ultimo atto determina il fòro, che cioè, per esempio, è fondato colà dove l'azione principale fu cominciata, non però dove essa fu soltanto preparata⁶⁰⁾.

Del resto, le leggi romane dichiarano il *forum delicti* come il solo competente nei casi penali⁶¹⁾. In vero, prima di GIUSTINIANO, po-

citata del processo penale punto principale 13 § 7 pag. 634. — QUISTORP, *Grunds. des peinl. Rechts* parte 2 § 570. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 160 pag. 296.

57) BOEHMER *ad Carpovium* qu. CX Obs. 3 e 4. — QUISTORP, *Grundsätze des P. R.* parte 2 § 575. — DANZ, *Grds. des gem. ord. bürg. Processes* § 28 pag. 77. — GROLLMANN, *Grds. der Criminalrechtswissenschaft* § 590. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 160 pag. 296 e *Christph. Car. STÜBEL, Diss. de foro delicti in confinio civitatum commissi*, Vitteimb. 1793.

58) VOET, *Commentat. ad Pand. h. t.* § 71. — MATTHAEI, *de criminibus* L. XLVIII tit. 13 cap. 5 n. 6. — *Ge. Iac. Frid. MEISTER, Princip. iur. crim. Germ. communis* § 95.

59) Memoria sul processo penale pag. 626.

60) QUISTORP, *Grds.* parte II § 570 pag. 66 e FEUERBACH, *Lehrbuch des P. R.* § 542 pag. 436.

61) L. 7 § 4 e 5 D. *de accusat. et inscript.* [48 2]. L. 22 D. *codem.* L. 28

teva essere presa cognizione di un delitto anche nel luogo dove il delinquente era catturato ⁶²); ma l'autorità del luogo dove il fatto era stato compiuto richiedeva ordinariamente la esibizione ⁶³). Anche senza di ciò il giudice stesso che aveva catturato il delinquente consegnava il medesimo, dopo avvenuta la cognizione, al tribunale del luogo dove il delitto fu compiuto, per la punizione ⁶⁴), perchè questa doveva assolutamente verificarsi nel luogo del compiuto delitto ⁶⁵). Nulladimeno GIUSTINIANO nelle sue Novelle ⁶⁶) abolì le facoltà concesse al giudice della cattura riguardo alla cognizione, stabilendo in esse che così la cognizione come la punizione di un delitto, debba verificarsi nel luogo dove esso fu compiuto. I motivi sono:

1. perchè in questo luogo meglio può essere condotta la cognizione, non solo perchè rimangono quivi le tracce del fatto, ma anche sono da ricercarvi i testimoni, e quindi sono meglio da ricevere ivi le necessarie notizie e prove di tutto le circostanze del fatto.

2. Perchè nel luogo del commesso delitto più facilmente può raggiungersi lo scopo della pena. Invero ivi il fatto è conosciuto; ivi perciò necessario punirlo affinchè coloro che ne furono testimoni oculari sieno mediante l'impressione morale della pena distolti da simili trascorsi ⁶⁷).

La costituzione politica e giudiziaria romana era anche veramente così costruita che poteva agire secondo questi principi e queste disposizioni, perchè tutte le autorità si trovavano sotto un capo politico e soltanto da lui derivavano il loro potere giudiziario; il che certamente non è possibile di attuare oggi giorno nella costituzione

§ 15 D. *de poenis* [48 19]. L. 14 C. *ad L. Iul. de adult.* Nov. LXIX [Zach. 88] cap. 1. — V. *Ge. Lud.* BOEHMER, *Diss. de delictis extra territorium admissis* § 2-5.

⁶²) L. 3 e 13 D. *de offic. Praes.* [1 18]. L. 1 C. *ubi de crimin.* [3 15].

⁶³) L. 7 D. *de custod. et exhibit. reor.* [48 3].

⁶⁴) L. 11 § 1 D. *codem.*

⁶⁵) L. 28 § 15 D. *de poen.* [48 19]. L. 7 § 4. L. 22 D. *de accusat.* [48 2]. — KLEINSCHROD, *von dem Gerichtsstande der Deprehension* § 2 (nell' *Archiv. des Criminalrechts* vol. 2 sez. 3 pag. 37).

⁶⁶) Nov. LXIX cap. 1 e Nov. CXXXIV [Zach. 166] cap. 5.

⁶⁷) KLEINSCHROD, *Systemat. Entwicklung des Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts* parte II § 30.

affatto diversa dell'impero tedesco, come sarà dimostrato nei seguenti paragrafi. Qui è da trattare pure la questione se il fóro del commesso delitto sia competente anche per l'azione civile che da questo scaturisce. Il nostro autore lo afferma: e di tale opinione sono molti giureconsulti ⁶⁸⁾. Altri ⁶⁹⁾ invece lo negano pel motivo che il *forum delicti* ha per iscopo soltanto l'esercizio della giurisdizione penale; non potrebbe quindi aver luogo quando si agisce soltanto pel conseguimento di una pena privata derivante dal delitto o per l'indennizzo dell'offeso. Tuttavia quando il punto civile vien trattato in unione alla causa criminale, sia mediante il mezzo della adesione, sia *incidenter*, è fuor di dubbio lo stesso giudice criminale che conosce intorno alla pena, tanto autorizzato quanto obbligato a decidere anche intorno al punto dell'indennizzo. Su ciò concordano le leggi romane e le tedesche ⁷⁰⁾. La questione è quindi soltanto questa, se quando si agisce soltanto *civilliter* per l'indennizzo spettante all'offeso o pel soddisfacimento, sia competente anche qui il *forum delicti*. Lo nega la maggior parte dei giureconsulti affermando che in tal caso l'azione spetti al fóro civile cui è sottoposto il convenuto, poichè questa causa deve decidersi soltanto in base alle regole del processo civile ⁷¹⁾. Ma secondo il diritto romano non si può porre in dubbio la competenza del *forum delicti* anche riguardo all'azione civile derivante dal delitto, sia che trattisi di un'azione petitoria come, per esempio, la *condictio furtiva*, sia di una possessoria come

⁶⁸⁾ MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 162 pag. 300. — MARTIN, *Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes* § 30 pag. 28.

⁶⁹⁾ BOEHMER, *Select. Observation. ad Carpovii pract. nov. rer. criminal. qu. CX Obs. 2* e MEISTER, *Ausführl. Abhandlung des peinlichen Processes* punto principale 13 § 4 pag. 624.

⁷⁰⁾ L. 4 § 4 D. *finium regundor.* [10 1]. L. 3 Cod. *de ordine iudicior.* [3 8]. *Ordin. pen. giudic. di Carlo V.* art. 198 e 207. — *Christ. Frid. Ge. MEISTER, Diss. de ordine cognitionum in causarum civilis et criminalis concursu* § 11-16. — *Gall. Aloys. KLEINSCHROD, Theor. processus sic dicti denunciatorii, seu potius adhaesionis in causis criminalibus obvientis*, Wirceb. 1797 §§ 2 e 22. — GROLLMANN, *Grundsätze des Criminalrechtswissenschaft* § 703. — DANZ, *Grundsätze des ordentl. bürgerlichen Processes* § 28 pag. 78.

⁷¹⁾ Si veda KLEINSCHROD, *Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. I* (Wirceburgi 1798) § 25.

l'*interdictum unde vi*. GIUSTINIANO non distingue nella Novella 69 c. 1. tra la persecuzione criminale e la civile come già il CUJACIO ⁷²⁾ e il GUDELIN ⁷³⁾ hanno osservato. Il motivo della legge, cioè la facilitazione della prova e il risparmio delle spese vale sì riguardo all'una come all'altra. Ancor più ci persuadono le parole: *Quid enim peius (secondo Hombergk) quam eum, qui vel per ablationem bovis forte vel equi, vel iumentis alicuius, vel pecudis, vel ut minimum dicam, gallinae, domesticae laesus est, cogi, ut non in ea provincia, in qua illi res ablata est, litiget, sed alio currat, ibique probationes eorum quae illi acciderunt, exigantur, et vel multo plures sumtus, quam res valet, patiat, vel cum gemitu inopiam ferat*. Ma secondo l'opinione dei pratici giureconsulti, non concorda con ciò l'uso del fòro ⁷⁴⁾, il quale anche quando il punto civile è stato portato in discussione nella cognizione della causa criminale, vuol tuttavia rimandata la decisione di quello al tribunale civile dell'imputato se la discussione del medesimo è collegata con speciale difficoltà o con molti indugi ⁷⁵⁾.

§ 518.

Fòro della cattura.

Oltre il fòro del commesso delitto, le leggi dell'impero tedesco ⁷⁶⁾ hanno costituito anche un altro speciale fòro nelle materie penali, cioè

B) il foro della cattura. Molti giureconsulti ⁷⁷⁾ sono veramente

⁷²⁾ *Exposit. Novellar. ad Nov. LXIX.*

⁷³⁾ *Commentar. de iure novissimo* lib. IV cap. 2 pag. 183.

⁷⁴⁾ CARPZOV, *Respons. iur.* lib. II Resp. 26. — ZANGER, *Tr. de Exceptionib.* parte II cap. I n. 200. — SONNEMANS, *Us. mod. Novellar. Iustin. ad Novellam LXIX* cap. I.

⁷⁵⁾ De BOEHDNER, *Meditationes in art. 207 Const. crim. Carol.* § 2 pag. 929. — MEISTER, *rechil. Erkenntnisse und Gutachten in peinl. Fällen* Decis. 51 n. 32. — QUISTORF, *Grds. des P. R.* parte 2 § 576.

⁷⁶⁾ *Trattato di Pace* dell'anno 1548 art. 16 § 1. *Ordinanza monetaria* dell'anno 1559 §§ 161 e 162. *Deor. imp. ausburg.* del 1559 § 26 e *Ordinanza imperiale di polizia* dell'anno 1577 tit. 23 § 2.

⁷⁷⁾ DONELLUS, *Commentar. iur. civ.* lib. XVII cap. 16. — VOET *ad Pand.*

di opinione che anche questo fosse già fondato nel diritto romano e che per lo meno avesse luogo quando l'autorità del sito ove fu commesso il delitto non avesse preteso alcuna richiesta. Ma i passi adottati in proposito ⁷⁹⁾ dicono soltanto che la cognizione di un delitto possa anche essere avvenuta nel luogo della cattura: nè si può dimostrare col medesimi che l'autorità di questo luogo abbia avuto facoltà di punire il delinquente ⁷⁹⁾).

È quindi verosimilmente da ascrivere all'essere fraintesi quei passi del diritto romano che nel sorgere della signoria territoriale, i nuovi signori si ricusassero di restituire ad altri tribunali i delinquenti catturati. Mediante l'uso del fòro appoggiato alle vedute della Glossa divenne quindi a poco a poco principio dominante che un delinquente poteva pure essere punito colà dove fu catturato. Su questo principio si appoggiarono anche le leggi tedesche indi sorte, le quali riconoscevano il fòro della cattura ⁸⁰⁾. È dubbioso se la semplice residenza del delinquente costituisca il fòro della cattura in questo luogo. Il MEISTER ⁸¹⁾ è di tale opinione. Invece la maggior parte dei giureconsulti afferma con molto fondamento che questo fòro veramente non sia costituito che per mezzo della cattura del delin-

h. t. § 68. — MATTHAERI, *de criminibus* lib. XLVIII tit. XIII cap. 5 n. 3-5. — OOSTERDYK, *Disp. ad fragmenta, quae ex Venuleji Saturnini libris de officio Proconsulis supersunt* cap. II § 2 in *Ger. OELRICHS Thes. novo Dissertat. Belgicar.* vol. I tom. II pag. 475.

⁷⁸⁾ L. 2 e 13 D. *de offic. Praesid.* [1 18]. L. 1 C. *ubi de crimin.* [3 15].

⁷⁹⁾ BOEHMER in *Diss. de delictis extra territor. admissis* § 5. Veramente vuole intendere le parole della *L. 1 Cod. cit. vel ubi reperiuntur, qui rei perhibentur criminis* pel caso che il delinquente venga arrestato nel luogo del commesso delitto. Ma la distinzione che è fatta nella citata legge fra il luogo del commesso delitto e quello della cattura e che è indicata con la congiunzione *vel* contraddice a questa interpretazione, come già contro il BOEHMER ha ricordato il signor consigliere aulico KLEINSCHROD nella *Memoria von dem Gerichtsstande der Deprehension in peinlichen Fällen* § 2.

⁸⁰⁾ Si confronti specialmente *Beniamin Ferd. MOHL, Diss. de iuribus atque obligationibus specialium Germaniae rerum publicarum inter se in exercenda iurisdictione criminali obviis, praes. Io. Aug. REUSS, Stuttgartiae 1787* §§ 7 e 8.

⁸¹⁾ Memoria sul procedimento penale, punto principale 13 § 12 pag. 645. Con lui concordano anche *Ge. Iac. Frid. MEISTER in Princip. iur. crimin.* § 96 nota a e FEUERBACH nel *Lehrbuch des peinlichen Rechts* § 543.

quente ⁸²⁾. La residenza del delinquente in un luogo dove egli non ha il suo domicilio nè commise il fatto, è soltanto la condizione senza la quale la cattura non può essere fatta e tale residenza autorizza il giudice del luogo a prendere provvedimenti per avere in sua mano l'imputato che ivi dimora. Le leggi imperiali tedesche sopra citate le quali confermano il fòro della cattura, non parlano perciò soltanto della cattura del delinquente in un luogo, ma anche del suo imprigionamento. Di qui segue: 1.° che quando il delinquente abbandona di nuovo il distretto giudiziario dove egli si era recato dopo commesso il delitto, prima di essere stato catturato dal giudice di quello, questi non è in alcuna guisa ulteriormente autorizzato a pretendere il delinquente, ma cessa con ciò il concetto di un giudice della cattura ⁸³⁾; 2.° che il fòro della cattura non ha luogo per tutti i delitti ma pei più gravi nei quali si può immediatamente procedere alla cattura ⁸⁴⁾. Soltanto pei vagabondi [ha luogo una eccezione essendo per essi ammissibile senza distinzione di delitti, il giudice della cattura ⁸⁵⁾.

Quando pertanto ambedue questi speciali fòri penali dei quali fino ad ora abbiamo parlato sono fondati in un dato caso, sorge la questione a quale dei due spetti la preferenza. Secondo la natura della cosa dovrebbe spettare equitativamente al fòro del commesso delitto. Infatti sebbene l'impero tedesco sia diviso in molti singoli Stati l'uno dall'altro indipendenti, sono tuttavia i principi tedeschi collegati dal vincolo generale della costituzione imperiale e quindi obbligati a curare il mantenimento della comune sicurezza e l'osser-

⁸²⁾ ENGAU, *Hlem. iuris crim.* lib. II tit. IV § 44. — STELTZER, *Lehrbuch des deutschen Criminalrechts* § 62. — GROLLMANN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* § 591. — TITTMANN, *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft* § 389 e specialmente KLEINSCHROD nella citata Memoria *von dem Gerichtsst. der Deprehension* § 4 seg.

⁸³⁾ Appunto anche MEISTER, Capo XIII § 14 pag. 647 dove ammettere ciò.

⁸⁴⁾ Di altra opinione è veramente QUISTORP, nella memoria se ed in quanto nei delitti di poca importanza abbia luogo una punizione fuori del distretto giudiziario competente a cagione del delitto (nei suoi *Beyträge* n. 52 pagine 806 seg. Si veda tuttavia WINCKLER, *Opusc. minora* vol. I P. 1 pag. 155, e KLEINSCHROD, citata Memoria § 8.

⁸⁵⁾ WINCKLER, l. c., QUISTORP, *Grunds. des peinl. Rechts* P. 2 § 572 pag. 70.

vanza delle leggi penali tedesche. Ora siccome nel diritto romano l'unico fóro del commesso delitto riconosciuto competente, nei citati motivi indubbiamente nei casi penali è il più opportuno, dovrebbe ogni stato dell'impero tedesco che nel suo territorio ha catturato il delinquente, consegnarlo, dietro sua dimanda, al giudice nel cui distretto fu commesso il delitto⁸⁶). Ma ordinariamente ciò non accade quando i fóri penali sono fondati in diversi territorii dell'impero tedesco. Qui le leggi romane che riconoscono il *forum delicti* come l'unico tribunale nei casi penali e impongono ad ogni altro giudice la consegna del delinquente, non hanno alcuna applicazione, perchè secondo la consuetudine e le leggi tedesche, anche il fóro della cattura in casi penali è del pari competente ed ha un diritto pienamente uguale all'altro⁸⁷). Quindi soltanto la prevenzione può decidere della preferenza di un fóro riguardo all'altro⁸⁸), e quella prevenzione sta indubbiamente pel giudice della cattura, il quale non è perciò obbligato alla esibizione del delinquente, in quanto il processo penale non sia già stato incominciato contro il delinquente fuggito dal giudice del luogo dove il fatto accadde; il che secondo la giusta opinione dei giureconsulti⁸⁹) si verifica già colla citazione a rispondere⁹⁰) o anche mediante quegli atti giudiziali che hanno per iscopo la pre-

⁸⁶) KLEINSCHRODS, *sistemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*. P. 2 § 31 pag. 75 e KLEINS, *Grunds. des peinlichen Rechts*. § 45.

⁸⁷) I. O. MANN, *rechtliche Anmerkungen von dem peinlichen Gerichtsstande eines Verbrechers* (Halle 1776) 4 § 10 seg., e QUISTORP, *Grunds. des P. R. P.* II § 572.

⁸⁸) MEISTER, *Abh. des Peinl. Proc.* Capo XIII § 20.

⁸⁹) VOET, *ad Pand.* h. t. § 70. GROLLMANN'S, *Grundsätze der Criminalrechtswissensch.* § 593 e TITTMANN'S, *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft* § 390 not. c pag. 307.

⁹⁰) Ordinariamente si vuole tuttavia riconoscere soltanto la citazione dell'incriminato per rispondere agli articoli inquisizionali come l'atto mediante il quale venga costituita una prevenzione. La inquisizione generale non deve costituire alcuna prevenzione. — V. MEISTER, l. c. § 22 n. 24. — MOHL, cit. *Diss. de iurib. atq. obligat. spec. Germaniae rerum publicar. inter se in exerc. iurisdictione crim. obvis* § 28. — QUISTORP, § 574. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciae* § 162, — DANZ, *Grds. des gemeinen ord. bürgerl. Processes* § 28 pag. 77. Nullameno è certo che la citazione reale non ha alcuna prevalenza sulla verbale. — MEISTER, l. c. § 23 pag. 657.

senza del delinquente davanti al tribunale e quindi prendono il luogo della citazione, come, per esempio, lettere di arresto, intimazioni ecc.⁹¹. Del resto la obbligazione di esibire delinquenti catturati può essere costituita soltanto mediante trattati, se pure in casi speciali le leggi non impongano questo dovere anche al giudice straniero della cattura⁹²).

Se al contrario i più fòri di cui trattasi sono fondati in un solo e medesimo paese, anche qui alcuni giureconsulti credono decisiva la prevenzione⁹³). Altri⁹⁴) distinguono se la collisione avviene fra giudici che amministrano ambedue soltanto una giurisdizione penale personale o fra giudici a cui sia, da ambedue le parti o sia per lo meno da una parte, spetti la giurisdizione patrimoniale. Nel primo caso sarebbe da preferirsi incondizionatamente il *forum delicti* poichè qui niente si oppone alla applicazione del diritto romano; nel secondo invece deciderebbe la prevenzione poichè a questo caso non si adatterebbe il diritto romano essendo ad esso affatto sconosciuta la giurisdizione patrimoniale. Il giudice patrimoniale che ha catturato il delinquente non sarebbe quindi obbligato ad esibirlo. La maggior parte dei giureconsulti⁹⁵) è tuttavia concorde che, nella concorrenza

⁹¹) FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts* § 546 pag. 438. Di altra opinione sono QUISTORP, § 574 e MOHL, l. c.

⁹²) Le leggi imperiali fanno tale eccezione riguardo ai duellanti. *Decreto della comm. imper.* del 22 settembre 1664. Inoltre riguardo ai disertori dell'armata imperiale. *Decreto imper.* del 1641, art. 47 e riguardo ai sudditi maliziosamente usciti di Stato. *Pace dell'impero* del 1548, art. 16 § 3. Altre eccezioni sono state fatte mediante privilegi imperiali per talune città dell'impero le quali, mediante i medesimi, possono pretendere legalmente la esibizione dei loro delinquenti. Hanno tale privilegio le città imperiali di Augsburg, Memmingen, Hamburg e altre molte. — Vedi MOHL, cit. *Diss.* § 20.

⁹³) MOHL, cit. *Diss.* § 26. — PÜTTMANN, *Elem. iur. crim.* § 738. — TITTMANN, *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft* § 390 e FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts* § 546.

⁹⁴) *Ge. Lud.* BOEHMER, *Diss. de delictis extra territorium admissis* § 9. — MEISTER, *Peinl. Process* punto princ. 13 § 35 e MEISTER *iun. Princip. iur. crim.* § 97.

⁹⁵) De BOEHMER, *Observat. ad Carpsovium* Qu. CX. Obs. 9. — Lo stesso in *Meditat. ad art. 2 C. C. C.* § 3. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4236. — QUISTORP, *Grds. des peinl. Rechts* parte 2.^a § 573. — KLEINS *Grunds. des peinl. Rechts* § 45. — GROLLMANN'S *Grds. der Criminalrechts-*

dei tribunali penali nello stesso paese, abbia la precedenza senza distinzione il *forum delicti*: 1.º perchè senza dubbio è il più opportuno; 2.º perchè qui la esibizione del delinquente può essere compiuta senza difficoltà; 3.º perchè anche i tribunali patrimoniali esercitando essi pure un diritto dello Stato, quantunque mediante un proprio diritto, riguardo alla amministrazione della giustizia sono obbligati a ciò che il comun bene richiede.

Con ciò si può decidere anche un'altra quistione, se cioè il giudice sotto la cui giurisdizione il fatto fu compiuto sia obbligato a togliere il delinquente al giudice che tuttavia senza domanda di questi lo ha catturato. Se trattasi di giudici dello stesso paese è da rispondere senza dubbio affermativamente, perchè qui è soltanto competente il *forum delicti*. Se trattasi invece di giudici che hanno un diverso signore territoriale è da rispondere negativamente perchè in tal caso il giudice della cattura ha un diritto preferibile ed anche una perfetta obbligazione di esercitare la giurisdizione penale ^{96) a)}

§ 519.

4.º Foro della situazione della cosa ^{b)}.

Il quarto foro speciale è il *forum rei sitae*, il quale è fondato presso il giudice nel cui distretto giudiziario è situata la cosa che è og-

wissenschaft § 592. — KOCH, *Institut. iuris. crim.* § 674. — DANZ, *Grds. des ordentl. bürgerl. Processes* § 28 pag. 74. — STELTZERS *Lehrbuch des teutschen Criminalrechts* § 63.

⁹⁶⁾ BOEHMER, *ad Carpsovium Quaest.* CX Obs. 14. — MEISTER, *Penal. Proc.* punto princ. XIII § 16. — LEYSER, *Medit. ad Pand. Specim.* DXCVI med. 9. — MOHL cit. *Diss.* § 23. — KOCH, *Instit. iur. crim.* § 676. — QUISTORP *Grds. des Rechts.* parte II § 572. D'altra opinione tuttavia è TITTMANN nelle *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft* § 390 nella nota pag. 308.

a) Sul *forum commissi delicti*. cfr. SAVIGNY, *System* VIII, p. 239-261.

b) SAVIGNY, *System* VIII pagine 169-200. Questa materia è regolata presso di noi dagli articoli 91 e 98 del *Cod. di proc. civ.* che già avemmo occasione di citare. Anche nella nostra procedura si può parlare di un *forum rei sitae*.

Riguardo alle cose mobili è prescritto (art. 91 *Codice proc. civ.*) che le azioni per-

getto di controversia. Presso questo giudice possono essere esercitati non soltanto i mezzi giuridici riguardanti il possesso di una cosa ⁹⁷⁾ ma anche tutte le azioni petitorie che hanno luogo contro il possessore come tale, siano esse azioni reali ⁹⁸⁾, ovvero personali, in quanto cioè queste ultime perseguitano la cosa istessa (*actiones in rem scriptae* ⁹⁹⁾). Al contrario riguardo alle azioni semplicemente personali questo foro non è competente, derivando esse da una obbligazione la cui sostanza come PAOLO ¹⁰⁰⁾ dice, consiste in questo *ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum*. Esse quindi debbono essere promosse soltanto dinanzi al giudice presso cui il debitore ha il suo foro personale ¹⁾. Non si può dimostrare che secondo i diritti tedeschi il *forum rei sitae* abbia avuto una maggiore estensione e sia stato competente anche per le azioni semplicemente personali in quanto con esse pretendesi una cosa, come ha cercato di sostenere Emilio Lod. HOMBERGK su VACH ²⁾. Le ragioni da lui addotte furono esattamente esaminate e sufficientemente contraddette da Giov. Crist. BALSER ³⁾. Si sforzò tuttavia di difendere l'opinione

⁹⁷⁾ L. un. Cod. *ubi de posses. agi oport.* [3 16]. L. un. Cod. *ubi de heredit. ager.* [3 20].

⁹⁸⁾ L. 3. Cod. *ubi in rem actio.* [3 19]. L. 38 D. h. t.

⁹⁹⁾ Il principio che vale per le azioni reali, cioè *quod his actionibus non persona sed res convenitur*, come Ger. NOODT in *Commentar. ad Pand. h. t.* pag. 154 (tom. II *Operum*) dice, ha luogo anche nelle *actiones in rem scriptae*, per esempio *actio quod metus*, *actio ad exhibendum*. L. 9 § ult. D. *Quod met. caus.* [4 2] L. 3 § fin. D. *ad exhib.* [10 4]. — V. Ern. Th. MAJER, *Diss. de foro rei sitae.* (Tubingae) 1692 cap. VIII tit. 56 seg.

¹⁰⁰⁾ L. 3 D. *de Obligat. et action* [47 7].

¹⁾ Io. Frid. WAHL, *Diss. de foro arresti privilegiato* (Goettingae 1749) § 14. — ZANGER, *Tr. de Exceptionibus* parte II cap. 1 n. 265.

²⁾ *Diss. de foro rei sitae eiusque amplitudine apud veteres Germanos* (Marburgi 1747).

³⁾ *Prolus. acad. de foro rei sitae apud Germanos*, (Giessae 1748) rec. 1752.

sonali e reali si possono anche proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo ove quelle trovansi. Invece per i beni immobili, le azioni reali petitorie e possessorie si debbono proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo ove quelli si trovano (art 93 Cod. proc. civ.).

di HOMBERGK, *Lod. Con. SCHRÖDER* ⁴⁾, ma con quale successo ha dimostrato *Ge. And. MÜLLER* ⁵⁾. Se invero in un paese è introdotto il pieno Landsassiato, colui che vi possiede beni immobili può essere convenuto anche assente, con tutte le azioni personali dinanzi a quel tribunale sotto la cui giurisdizione sono situati i beni. Ma non è cosa dimostrata già con l'opinione di HOMBERGK che in un paese dove vige il pieno Landsassiato, il semplice possesso dei beni ivi situati, basti a rendermi un vero suddito ⁶⁾. Del resto il pieno Landsassiato è così poco di comune diritto tedesco ⁷⁾, come tale non può essere creduto quello che si contiene nello specchio Sassone e nello specchio Svevo se anche i passi di là citati ⁸⁾ dicessero veramente ciò che HOMBERGK cerca di dimostrare, mentre invece BALSER così evidentemente ha dimostrato il contrario. Riguardo al fondamento di questo fôro è del resto indifferente se l'oggetto della controversia situato nel distretto giudiziario sia una cosa mobile od immobile ⁹⁾, corporale od incorporale ¹⁰⁾, una cosa

4) *Specim. iur. Germ. de actionibus personalibus, quae ad rem petendam sunt comparatae, apud veteres Germanos in foro rei sitae instituendae*, (Marburgi 1738).

5) *Disquisit. brevis de differentia iuris Rom. et Germanici quoad forum rei sitae, qua Lud. Cons. SCHRÖDER, specimen de actionibus personalibus, etc., sub examen vocatur*, (Gissae 1748).

6) Si veda sopra § 512 pag. 121 di questo volume.

7) ESTORS, *Kleine Schriften* vol. I num. 5 pag. 49 seg. e HÄBERLINS, *Handbuch des deutschen Staatsrechts* vol. I § 54 pag. 218.

8) *Specchio svevo* cap. 84 e cap. 293. *Specchio sassone* lib. III art. 25. Ma le espressioni che ivi ricorrono: *clagen uf etgen* ovvero *clagen umb Gut* sono da riferirsi chiaramente ad azioni reali. Ciò apparisce dalle parole: *Spricht man aints Mannes aigen an, da soll er nit umb antworten, wan an der Statt da es lit*. Così le parole dello *Specchio svevo* cap. 84, *Das ist also gesprochen wo das aigen lit, da soll man auch darüber richten* non possono essere intese in altro modo che riguardo ad azioni reali.

9) L. 3. Cod. *ubi in rem actio* [3 19] non fa alcuna distinzione e L. 38 D. h. t. parla espressamente anche di cose mobili. Che del resto i diritti relativi alle cose mobili vengano giudicati secondo le leggi del luogo dove il possessore ha il suo domicilio non viene in considerazione qui dove semplicemente la situazione della cosa determina il foro del convenuto. MEYRUS, parte IV Decis. 74 not. 8.

10) Per esempio, quando sorge controversia a cagione di una servitù. — ZANGER, *Tr. de Exceptionib.* parte II cap. 1 num. 270.

singola od un tutto risultante di più cose singole (*universitas rerum*)¹¹⁾. Se queste cose sono disseminate in più luoghi, l'azione deve esercitarsi laddove è situata la maggior parte di esse¹²⁾. Se controversasi intorno ad una eredità, l'azione deve essere promossa nel luogo dove il convenuto ha il suo domicilio, quando anche egli risieda pure nel luogo dove si trova l'eredità. Questo sembrami per lo meno essere il significato della costituzione¹³⁾ dove dicesi: *Ubi autem domicilium habet, qui convenitur, vel si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit, hereditatis erit controversia terminanda*. Ancor meglio appare ciò da un passo di ULPIANO¹⁴⁾ il quale *lib. V Opiniorum*, dice: *In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent*. Questa opinione ha pure in suo favore l'assenso di molti ragguardevoli giuristi¹⁵⁾. Siccome tuttavia si può fare qualche opposizione ai passi citati¹⁶⁾ così nella pratica fu ricevuta l'opinione di ACCURSIO che l'azione ereditaria possa essere promossa tanto nel luogo dove è situata l'eredità, quanto *in foro domicilii* del convenuto¹⁷⁾.

11) DANZ, *Grundsätze des ord. bürg. Processes* § 26.

12) L. 50 L. 52 D. h. t. MALBLANC, *Conspect. rei iudic.* § 113.

13) L. un. Cod. *ubi de hereditate agatur* [3 20].

14) L. 29 § ult. D. *de inoff. testam.* [5 2].

15) DONELLUS in *Commentar. iur. civ. L. XVII cap. 17*. — HUBER, *Praelect. iur. civ. ad Dig. h. t.* § 49. — HEINECCIUS, *Elem. iur. civ. sec. ord. Dig. h. t.* § 36. — de COCCEJI, *iur. civ. controv. h. t. qu. 21*. — MARC. LYCKLAMA a NYHOLT, *Membranae* vol. I L. IV. *Eccl. 5*, e *Christ. Frid. Ge. MEISTER, Diss. ubi de hereditate agatur* (Goettingae 1776).

16) Si può cioè dir sempre che la L. un. Cod. cit. è un rescritto imperiale che si riferisce soltanto al caso ivi deciso e non ammette una argomentazione *a contrario* e che la parola *oportet* nella L. 29 D. cit. può bene essere interpretata in guisa che il *forum rei sitae* non sia assolutamente escluso, perchè appunto la parola *oportet* non indica sempre nelle leggi una necessità legale, come già BRISSONIUS, *de verb. signific. h. v.*, ha osservato. A ciò si aggiunge la L. un. Cod. *ubi fideicom. peti oportet*. [3 17]. — Si confronti LAUTERBACH, *Colleg. th. Pr. Pandectar. L. V tit. 3 § 30*. — IAC. VAN DE POLL, *de exheredatione et praeterit. cap. LXXXII § 3*. — ZANGER, *de Exceptionib. parte II cap. 1 num. 288*. — WAHL, *Diss. de foro arresti privilegiato § 13*, e HOFACKER, *Princip. iur. civ. tom. III § 1686 not. a*.

17) VULTEJUS *ad L. un. Cod. ubi de heredit.* [5 20]. — BERGER, *Respons. parte I Resp. 202 qu. 5* e lo stesso in *Oeconom. iur. lib. II th. 4 pag. 54 not. 12*. — STRUV, *Synt. iur. civ. Ex. IX th. 43*. — a LEYSER, *Meditat. ad*

Pertanto nel luogo dove trovasi la cosa, oggetto di controversia (se anche essa vi fosse stata portata per poco tempo e per essere trasferita altrove, non dandosi importanza al tempo che vi deve rimanere, dal momento che effettivamente vi si trova ¹⁸), ogni possessore deve riconoscere il proprio fòro riguardo alla medesima, senza distinguere se egli sia presente od assente, se vi abbia o no il suo domicilio ¹⁹). E se anche del resto abbia un fòro privilegiato, deve egualmente comparire qui o aspettarsi che si procederà contro di lui colla pena della disobbedienza e si compierà l'esecuzione sulla cosa controversa ²⁰). Infatti qui si ha riguardo semplicemente alla situazione della cosa e non alla persona del possessore ²¹). Dipende tuttavia certamente dall'attore se egli voglia scegliere questo fòro reale o il personale del convenuto ²²). Soltanto nelle cause che riguardano il possesso sommarissimo (*in causis possessorii summarissimi*) è stabilito per legge di considerare questo fòro come l'unico competente ²³).

Pand. vol. II. *Specim.* XCIV *medit.* 1. a PUFFENDORF, *Observat. in iur. univ.* tom. III Obs. 156 e EMMINGHAUS *ad Coccejum* h. t. Qu. 21 not. u pag. 421.

¹⁸) *Io. Balh.* a WERNHER, *select. Observat. for.* tom. I parte III Obs. 67. — MEVIUS, tom. II parte VI Decis. 347. — Anche quelle cose le quali sono semplicemente di passaggio per un luogo possono essere trattenute e così si è costituito il *forum rei sitae*. — MAIER, *Diss. de foro rei sitae* cap. V §§ 15-18.

¹⁹) L. 2 Cod. *ubi in rem. act.* [3 18]. Di altra opinione sono CUIAC in *Paratitl.* ad tit. Cod. *ubi de hered. agat.* — SICHARD in *Comment. ad L. un.* Cod. cit. num. 2, e ZOESIUS, ad tit. *Pandect. de iudiciis.* num. 78. Questi giureconsulti richiedono la presenza del possessore per la costituzione del *forum rei sitae*. Ma le leggi L. 3 Cod. *ubi in rem act.* L. 38 D. *de iudic.* non lo dicono, come già VULTEIUS ad L. 3 Cod. *ubi in rem act.* ha ricordato contro il CUIACIO. — Si veda anche STRUV, *Synt. iur. civ.* Exercit. IX th. 49 e MEVIUS, tom. II parte VI Decis. 346.

²⁰) VOET, *Comment. ad Dig.* h. t. § 76.

²¹) LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pandectar.* h. t. § 54.

²²) HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4237 num. III pag. 673. Si veda anche questo commentario § 515 pag. 290 seg.

²³) L. un. Cod. *ubi de possess. agi oport.* [3 16]. — MALBLANC, *Consp. rei iudiciar.* § 163. — GROLLMANN'S *Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten* § 38. Di altra opinione è Ernesto Feder. PFOTENHAUER nella monografia intorno al procedimento giudiziario nelle cause riguardanti il possesso sommarissimo (Leipzig 1797) § 15.

§ 520.

5. *Fôro dell'intimazione dell'arresto e del sequestro* ^{a)}.

Un fôro speciale può essere costituito V anche mediante la regolare intimazione di un arresto o di un sequestro (*durch rechtmässige Anlegung eines Arrests* ^{b)}) riguardo all'oggetto per cui l'arresto fu riconosciuto, dinanzi al giudice che lo ha ordinato, e vien detto *forum arresti* ²⁴⁾. Per arresto intendesi un ordine del giudice, mediante il quale proibisce ad una persona di abbandonare un luogo di residenza ad essa assegnato o mediante cui (*sequestro*) vien limitata la potestà della medesima di disporre liberamente del suo, in base a domanda e per sicurezza delle ragioni di altri ²⁵⁾. L'arresto può es-

²⁴⁾ Io. Matt. STARCK, *Diss. de foro arresti privilegiato praes. Io. Frid. WAHL* (Gottingae 1749).

²⁵⁾ Dan. MEVIUS, *de arrestis* (Lipsiae 1748 4). Questo mezzo giuridico non sembra conforme al diritto romano. L. 1 Cod. *de execut. rei iudic.* [7 53]. — Ge. Christ. WINTER, *Diss. de electione fori* (Altorf 1725) § 13. Veramente di altra opinione è HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4239. Ma la L. 10 § 16. D. *Quae in fraud. creditor.* [42 8] e la L. 7 § fin. D. *Qui satisfacere cog.* [2 8], non offrono alcuna prova sufficiente. Si veda Guil. FORNERII, *Selection.* lib. III cap. 12 (in Fr. OTTONIS, *Thes. iur. Rom.* tom. II pag. 96) e Iac. CUIACII, *Observation.* lib. 16 cap. 19. È piuttosto stato introdotto mediante la giurisprudenza tedesca e consentito dalle leggi imperiali tedesche. *Tenore della ordinanza del trib. cam.* parte II tit. 24 § 2. *Dec. imp.* dell'anno 1570 § 84 e dell'anno 1594 § 82. — KIND, *Quaest. for.* tom. II cap. 43. — Franc. Christoph. BOLLES, *Diss. sistens succinctam explicationem constitutionis imperii de arrestis*, (Gissae 1738).

a) Cfr. per il diritto romano MÜTHER, *Sequestration und Arrest* (Leipzig 1886) e per la storia del nostro diritto WACH, *Der italienische Arrestprozess* (Leipzig 1868) e PERTILE VI pagine 613 e 860.

b) La parola tedesca *Arrest* indica qui tanto l'arresto personale, quanto il nostro sequestro. Avverto che a p. 18 linea 10 ove dicesi processo per cattura debbonsi aggiungere le parole, omesse per errore, *del debitore o sequestro dei beni*. Così si traduce esattamente il significato della parola *Arrest* nel testo. Pel diritto comune si consulti anche il buono articolo del BOPP, *Arrest Arrestprozess nel Rechtsal.* di WEISKE I pagine 450-459, sebbene le sue osservazioni riguardo al diritto romano siano da correggersi con la citata opera del MÜTHER.

sere personale o reale secondo che vien posto alla persona del debitore o al suo patrimonio (*sequestro*). I mezzi per notificare un'arresto personale sono diversi: così quando al debitore viene semplicemente interdetto di lasciare la sua casa o il suo presente luogo di residenza, o vien recato in una pubblica ma tollerabile prigione, o quando gli vengano dati guardiani nella sua casa. Del pari vi sono diversi mezzi per la notificazione di un arresto reale (*sequestro*): così quando al debitore vengono tolte le cose e portate al tribunale o in un altro luogo sicuro; o quando viene ordinato al terzo possessore di tali cose che sino a nuovo ordine non le consegnì; o quando pei crediti pendenti vien dato ordine al debitore dell'implorato che per ora a titolo di pena non debba pagare al suo creditore; o quando per un atto giudiziale viene proibita al debitore l'alienazione dei suoi beni immobili ²⁶⁾. Tuttavia suppone sempre l'arresto, quando è legittimamente ordinato, un sensibile pericolo che al creditore sia reso impossibile o per lo meno gravemente difficoltà il soddisfacimento del suo diritto, se rimanesse al debitore la libera disponibilità dell'oggetto dell'arresto. A ciò richiedesi: 1.º che il debitore sia sospetto di fuga e non lasci del resto alcun patrimonio su cui il creditore possa ottenere il suo soddisfacimento. Per esempio, si è conchiuso un affare con un viaggiatore che, sebbene non gli sia accordato alcun credito, non offre il pagamento nè una garanzia di questo; 2.º quando il debitore si è colle sue cose già dato alla fuga; 3.º quando il debitore comincia a dissipare il suo patrimonio, così che vi è da temere che il creditore potrebbe giungere troppo tardi col suo credito; 4.º quando presso il tribunale straniero dove il debitore veramente deve essere convenuto, a cagione di speciali circostanze, come, per esempio, per causa di guerra non si può at-

²⁶⁾ DANZ, *Grundsätze der summar. Prozesse* § 59 e GROLLMANN'S *Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten* § 240. Ordinariamente restringesi l'arresto reale ad un sequestro delle cose mobili del debitore. Vedi DANZ, l. c. § 52. Ma che anche il divieto di alienare sia una specie di sequestro e per gli immobili venga equiparato all'arresto, hanno a ragione ricordato MEVIUS, *de arrestis*. cap. IX num. 26. — CLAPROTH nella *Einleitung in die sämtlichen summarischen Prozesse* § 108 e MARTIN nel *Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes* § 263 pag. 318.

tendere alcuna protezione giudiziaria; 5.^o quando il creditore deve continuare le sue ragioni verso il defunto debitore contro gli eredi di lui, e questi, essendosi ormai divisa l'eredità dovrebbero essere convenuti non senza difficoltà e grande spesa presso tribunali diversi ²⁷). Senza uno di questi addotti motivi non può essere ammesso alcun arresto, neppure a pericolo ed a spese della parte implorante o rimpetto ad una semplice prestazione di cauzione della medesima. Tale ordinanza di arresto sarebbe insanabilmente nulla e il giudice si sottoporrebbe all'azione di sindacato o d'ingiurie ²⁸). Se oltre a ciò l'implorante abbia affermato il suo credito quando anche non sia in condizione di liquidità, nel qual caso tuttavia è pretesa una prestazione di cauzione ²⁹), può ogni giudice, sia o no competente riguardo al credito dell'implorante, decretare il domandato arresto quando solamente nell'ultimo caso può essere dimostrato che il debitore ha sottratto sè e le cose sue alla giurisdizione del giudice diversamente competente ³⁰). In tal caso la notificazione dell'arresto costituisce riguardo al credito per cui fu notificato sia esso personale o reale, la giurisdizione di quel giudice sotto la cui coazione trovansi la persona del debitore o le sue cose, quando anche senza di ciò egli non sarebbe stato il giudice competente dell'implorato ³¹). Deriva da ciò che mediante la ordinanza

27) CLAPBOTH, l. c. §§ 110-111. — DANZ, l. c. § 56. — MARTIN, l. c. § 261.

28) *Io. Salom. BRUNNQUELL, Diss. de processu arresti ed effectum sistendi*, Jenae 1725 (in *Opusc.* pag. 253 seg.) §§ 26 e 27. — CLAPROTH, § 116. — DANZ, § 58. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4242.

29) LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. VII. *Specim.* CCCCLXXV *medit.* 1-4. — CLAPROTH l. c. § 115. — KIND, *Quaestion for.* tom. II cap. 43 pag. 249.

30) GROLLMANN, cit. *Theorie* § 241. Il giudice il quale indugia ad ordinare un arresto domandato quando il medesimo sia riconosciuto equo o nell'imporre il medesimo è tardo dove vi è pericolo nell'indugio, può essere convenuto per l'indennizzo. — WERNHER, *Observat. for.* tom. II p. VII. *Obs.* 220. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4242 num. 4. — DANZ, *Grundsätze der summar. Prozesse* § 58.

31) MEVIUS, parte III *Decis.* 56. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.* lib. II cap. VII § 1 e § 4. — WERNHER, *Observat. for.* tom. I P. III. *Obs.* 199. *Io. Sal. BRUNNQUELL, Diss. cit.* § 23. — GMELIN und ELSASSER, *gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle* vol. 2 num. IX. — CLAPROTH, l. c. § 118. — DANZ, *Grundsätze des gemein. ordentl. bürgerl. Processes* § 32 e del

di arresto non solo viene consolidata la giurisdizione del giudice competente, o procurata applicazione ad un foro speciale in sè stesso fondato come il *forum contractus* ²³⁾, ma può essere anche prorogata la giurisdizione di un giudice di per sè stesso incompetente ³³⁾. Del resto è ancora da osservare che gli arresti vengono anche spesso ordinati come mezzi reali di esecuzione per la riscossione di crediti incontestati o inappellabilmente decisi quando il debitore non si apparecchia in alcuna guisa a soddisfarli ³⁴⁾. In quanto poi i medesimi vengono in considerazione come disposizioni provvisorie per assicurare crediti non ancora incontestati, ne scaturisce una propria specie di processo sommario che dicesi processo per arresto di cui CLAPROTH, DANZ, GROLLMANN e MARTIN hanno pienamente trattato ai già citati luoghi ^{a)}.

medesimo, *Grundsätze der summarischen Prozesse* §§ 55 e 60. — HOFACKER, l. c. § 4242 num. II. Di altra opinione sono tuttavia STRUBEN nei *rechtl. Bedenken* parte V pens. 88; WAHL in *Diss. de foro arresti privilegiato* § 39; Io. OHRIST. BALSER, *Progr. de arresto facti et illicito a iudice rei sitae contra forensium decreto* (Giessae 1752), e MARTIN nel cit. *Lehrbuch* § 261. Questi sostengono che un decreto di arresto non costituisce un foro per la causa principale. Ma questa opinione non concorda con la giurisprudenza dei tribunali.

³²⁾ MEVIUS, parte I. *Decis.* 239. — PUFFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. I *Obs.* 167.

³³⁾ BRUNNQUELL cit. *Diss.* § 51. Cfr. il mio commentario parte 3.^a § 205 b.

³⁴⁾ CLAPROTH, *Einleit. in die sämmtl. summar. Prozesse* § 111 e GROLLMANN'S, *Theorie* § 240 pag. 407.

a) Quanto al diritto nostro ricorderemo che l'arresto personale fu abolito dalla legge 6 dicembre 1877 (prog. Mancini). Per le ragioni che giustificano questa abolizione cfr. MATTIOLO, *Dir. giudiz.* VI n. seg.

Rimangono eccezioni in due casi. Il creditore può chiedere tale arresto per le persone civilmente responsabili del reato. Il giudice ha facoltà di aggiungerlo alla condanna nelle contravvenzioni. Così per la esecuzione delle condanne pronunciate dai giudici civili è in facoltà di questi di accogliere o respingere la istanza con cui il creditore chiedi l'arresto del debitore.

Si debbono poi considerare talune eccezioni (come fu giustamente detto) a queste eccezioni. L'art. 4 della ricordata legge stabilisce che nei casi in cui l'arresto personale rimane in vigore si deve aver riguardo alle norme e alle restrizioni contenute negli articoli 2096-2104 del *Cod. civ.*

Quanto al fallito (di cui disputavasi di fronte al precedente *Codice di commercio* se potesse esser sottoposto ad arresto) l'art. 695 del vigente *Cod. comm.* dispone che

Il nostro autore ricorda anche in fine il così detto arresto sassone il quale diversifica dall'arresto comune perchè assicura al creditore che lo ha ottenuto una garanzia reale e un diritto di prelazione sul patrimonio del debitore rimpetto agli altri creditori che non hanno un diritto reale più antico³⁵). Nella Sassonia elettorale, come nei paesi di Weimar e di Altemburg, questo arresto tuttavia è abolito e in luogo del medesimo fu concesso ai creditori di proporre all'autorità cui è sottoposto il debitore, che al medesimo, quando cade in

³⁵) La differenza tra l'arresto sassone e il comune è dimostrata da KIND in *Quaestion. for.* tom. II cap. 43 pag. 247.

il tribunale di commercio (ed oggi quello che ne fa le veci) può ordinare, date certe condizioni, in qualunque stato della procedura la cattura del fallito.

Non si può quindi oggi parlare più di uno speciale *forum arresti*. Invece quanto al sequestro si può tuttora accogliere l'idea di una competenza in parte speciale. Vi sono sopra i singoli punti molte controversie. Ofr. GIANZANA, *Del sequestro giudiziario e conservat.* 2.^a ed. p. 41 seg. MATTIROLI, *Dir. giudic.* V numeri 919 seg. 963 seg. TRIANI, *Studi e appunti di dir. civ. giudic.* (Bologna, 1883) p. 233 seg. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, n. 472 seg. Volendo qui principalmente indicare il foro competente (sul che pure in taluni casi si contorce molto) citeremo gli articoli 926, 927, 931 del *Cod. p. c.*

In base a questi si deve distinguere l'autorità competente a concedere il sequestro da quella competente a confermarlo, annullarlo o revocarlo.

Riguardo alla prima, bisogna poi distinguere il caso che la lite non sia ancora vertente dal caso che la domanda di sequestro sia collegata (l'art. 927 dice *connessa* in senso volgare, non tecnico) ad una causa già pendente. Nel primo caso il sequestro si può concedere dal pretore del luogo in cui il sequestro deve eseguirsi o dal pretore o dal presidente del tribunale che sarebbero competenti a conoscere della causa principale. Il pretore del luogo dove il sequestro deve eseguirsi è competente per *qualunque valore*, come dichiara l'art. 926 *C. p. c.* Tale dichiarazione non è ripetuta riguardo al pretore cui spetterebbe la cognizione di merito (art. 926 cap. 1.^o); onde si applicano i principii generali della sua competenza sino a L. 1500.

Se la domanda di sequestro è connessa ad una causa già pendente, il sequestro per regola non può concedersi che dal pretore o dal tribunale davanti a cui pende la causa. Ma l'art. 927 cap. 1.^o, dispone che anche in questo caso, se vi sia urgenza, il sequestro può concedersi per qualunque valore dal pretore del mandamento in cui deve eseguirsi.

Per la conferma, l'annullamento o la revocazione del sequestro è competente l'autorità giudiziaria del luogo del sequestro, la quale però, secondo i principii generali, sia competente per materia e valore (art. 931 cap. 2.^o). Se l'autorità giudiziaria che conferma il sequestro sia competente a conoscere anche del credito, l'attore può con lo stesso atto relativo al sequestro, proporre la domanda per la condanna. Se tale autorità non abbia invece questa competenza, rimette le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per la decisione del merito (art. 936 *C. p. c.*).

indigenza, per mezzo di un atto giudiziale venga proibita ogni ulteriore alienazione e pignorazione del suo patrimonio ³⁶⁾.

§ 521.

6. Fóro della compiuta amministrazione.

Finalmente VI un fóro speciale a cagione della compiuta amministrazione degli affari altrui, siano essi pubblici o privati, derivino da una tutela o da una *negotiorum gestio*, da un contratto o da un quasi contratto, vien costituito presso il giudice da cui si ricevette l'incarico di questa amministrazione, o davanti a cui o nel cui distretto giudiziario la *'medesima fu fatta* ³⁷⁾ a). Gli Imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO dispongono ³⁸⁾ *Eum, qui aliena negotia sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi haec gessit, rationem oportet reddere*. Questo fóro corrisponde al fóro del contratto,

³⁶⁾ Io. Lud. SCHMIDTS, *hinterlass. Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien* vol. 2 num. LII.

³⁷⁾ Io. Phil. SLEVOGT, *Diss. de foro gestae administrationis* (Jenae 1690, rec. 1743), e Did. SCHUMACKER, *Diss. de foro administrationis, et quatenus administrator forum ordinarium declinare queat?* (Marburgi 1768).

³⁸⁾ L. 1 Cod. *ubi de ratiociniis, tam publicis quam privatis, agi oportet* [3 21].

a) SAVIGNY, *System VIII* pagine 216, 218, 242, 347.

Il *forum rei gestae* è regolato dall'art. 97 del *C. p. o.* Il quale, contrariamente ad altri precedenti codici, stabilisce una duplicità di fóro, lodata da alcuni come il BORSARI, *Comm. al Cod. di proc. civ.* sull'art. 97, censurata da altri come lo ZAVATKRI, *Ordin. giudic.* p. 285, il SAREDO, *Istit. di proc. civ.* I pagine 254 e 259, il MORTARA, *Manuale della proc. civ.* n. 165, ed anche in sostanza dal MATTIROLO, *Dir. giud.* I n. 624. Egli giustamente osserva che, potendosi l'azione per rendimento di conti di una tutela o di un'amministrazione proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu conferita o esercitata, spesso sorgono dubbi per sapere il luogo dove l'amministrazione fu conferita.

Ma quale interpretazione si deve dare all'art. 97? Esso parla di rendimento di conti di una tutela o di una amministrazione e la giurisprudenza con più conformità ai principi generali interpreta restrittivamente: trattarsi, cioè, di tutela od amministrazione per conto di enti incapaci. Cfr. MATTIROLO, I n. 625.

in ciò che ivi l'amministratore è obbligato al rendimento dei conti e all'indenizzo dei danni cagionati per sua colpa, a quella guisa che dal convenuto si può pretendere *in foro contractus* la esecuzione del contratto. A questo riguardo non ha torto il LEYSER ³⁹⁾ quando ritiene il fòro della condotta amministrazione come una specie del *forum contractus*. Ma questo fòro ha qualche cosa di caratteristico in ciò che l'amministratore può essere ivi convenuto, sia esso presente o assente, e neppure dipende dalla volontà dell'attore di citare il convenuto qui o nel fòro del suo domicilio, il che è tutt'altro riguardo al fòro del contratto ⁴⁰⁾. Pertanto presso quel fòro debbono essere presentate tutte le azioni derivanti dalla amministrazione degli affari, siano *directas* o *contrarias* e questo fòro deve essere l'unico competente perchè le entrate e le uscite che qui vengono in considerazione richiedono una esatta indagine per la quale i documenti e le prove necessarie non si possono avere e presentare così pienamente e prontamente come là dove l'amministrazione fu fatta ⁴¹⁾. A cagione di questo motivo legale non solo deve esser promossa presso questo fòro l'azione per il rendimento dei conti contro l'amministratore degli affari, il quale può così poco allegando qualche eccezione sottrarsi a questo fòro, come egli a cagione della compiuta amministrazione non è obbligato a rispondere presso un altro giudice ⁴²⁾, ma anche appartiene allo stesso tribunale l'azione contraria

³⁹⁾ *Meditat. ad Pandect.* vol. II *Specim.* LXXIII *medit.* 5 e 9.

⁴⁰⁾ L. 54 § 1 D. *de procurator.* [3 3]. L. 36 § 1 D. h. t. L. 45. D. *eodem.* L. 1 e 2. Cod. *ubi de ratiocin.* [3 31] cfr. con la L. 19 § ult. D. h. t. Si veda SLEVOET cit. *Diss.* cap. 1 § 6 e SCHUMACKER, cit. *Diss.* cap. 1 §§ 12 e 13. cap. III § 6. Di altra opinione è veramente BRUNNEMANN in *Commentar. ad L. 19 D. h. t.* il quale, insieme con WESEMBEC e BERLICH, vuole anche per questo foro concessa la scelta all'attore. Ma Io. Henr. BERGER in *Exercitat. de foro rerum singulari* (Vitenbergae 1694) §§ 29-34 ha pienamente contraddetto questa opinione.

⁴¹⁾ L. 2 Cod. *ubi de ratiocin.* dice: *in quo se iudicii, et instructio sufficiens et nota testimonia, et verissima possunt documenta praestari.*

⁴²⁾ L. B. a WERNHER, *Select. Observat. for.* tom. II parte X Obs. 468. ab ENGELBRECHT *Observat. for. specim.* III Obs. 95. — MEVIUS, tom. II parte VIII *Decis.* 267. — LEYSER, *Meditat. ad Pand. Specim.* LXXIII *medit.* 8. — de CRAMER, *Observat. iur. univ.* tom. III *Obs.* 968 pag. 724, e HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4244.

spettante all'amministratore a cagione dell'indenizzo che gli compete ⁴³).

§ 522.

II. Dei fori privilegiati.

1. Foro delle persone degne di commiserazione.

Dai fori comuni passiamo adesso a quelli privilegiati. Questi sono privilegiati o riguardo alle persone o riguardo alle cause (§ 510 pagina 96 seg.). Qui si parla soltanto dei fori privilegiati della prima specie ⁴⁴). A proposito di questi osserviamo noi in generale:

1. Che il foro privilegiato di una persona, ordinariamente prende il luogo del foro del suo domicilio. Quindi secondo la sua estensione è generale e costituito per tutte le cause che non siano state espressamente eccettuate ⁴⁵).

2. La esenzione tuttavia ha luogo quando il privilegiato venga citato. Poichè quando egli come attore chiede riconoscimento del suo diritto, deve pure seguire il foro del convenuto. Essa viene meno anche quando il medesimo accede ad una parte litigante come interveniente o chiamato in causa. In tal caso a cagione della connessione della causa deve riconoscere quel foro da cui dipende la lite principale ⁴⁶).

3. Il foro privilegiato di una persona è costituito di regola soltanto per le pretese ed i crediti personali; tutte le azioni reali in

⁴³) LEYSER, *Specim.* LXXIII corol. 2. — SCHUMACHER, cit. *Diss.* cap. 3 § 7. — MALBLANC, *Consp. rei iudic.* § 165. — DANZ, *Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes* § 30, e GROLLMANN, *Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten* § 40.

⁴⁴) *Casp.* ZIEGLER, *Tract. de foro privilegiato* (Vitenbergae 1662.)

⁴⁵) PÜTTERS *Auserlesene Rechtsfälle* vol. I parte I *Deduct.* III § 8 n. 11 seg. — DANZ, *Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes* § 34. — MARTENS *Lehrbuch des deutschen gemein. bürgerl. Processes* § 35.

⁴⁶) L. 49 pr. D. h. t.

cui il privilegiato si considera soltanto come possessore di una cosa litigiosa, spettano quindi al fòro comune ⁴⁷⁾.

4. Il fòro privilegiato si estende anche alla moglie e ai figli e questi lo conservano finchè scegliendo un proprio genere di vita non cambiano la loro precedente condizione ⁴⁸⁾. Come surrogato del fòro ordinario generale del domicilio spetta anche al servo delle persone privilegiate, come già sopra (pag. 101 seg.) insieme a molti fu dimostrato ⁴⁹⁾. Finalmente

5. Niuna personale esenzione difende riguardo al fòro, contro il riconoscimento dei fòri speciali come, per esempio, quello del contratto, della fatta amministrazione, ecc. ⁵⁰⁾.

Rimpetto a queste regole si fa tuttavia sotto diversi aspetti una eccezione per le persone degne di commiserazione in vista dei fòri privilegiati a loro concessi, come apparirà dal seguito.

I. Persone degne di commiserazione (*personae miserabiles*) hanno secondo il diritto romano riguardo al fòro un duplice privilegio.

1. Esse sono autorizzate senza distinzione, sieno attrici o convenute, omettendo tutte le altre istanze ordinarie, a ricorrere al reggente stesso e pretendere la trattazione delle medesime davanti al suo supremo tribunale, quando abbiano qualche motivo di dubitare di una imparziale ed efficace amministrazione della giustizia dei tribunali ordinarii e specialmente quando temano la potenza dei loro avversarii.

2. Quando al contrario, non sono esse, ma piuttosto i loro avversarii che per un qualche motivo, omettendo i giudici ordinarii, si sono già rivolti al reggente stesso, esse non hanno necessità di comparire davanti al tribunale del medesimo, quando ciò ridondi a loro aggravio; ma per evitare tutte le spese e le difficoltà, è lecito

⁴⁷⁾ GAILL, *Observat. pract.* L. 1 Obs. 37. — WERNHER, *Observat. for.* tom. I Obs. 305 in *Suppl. novo num.* 26 seg. pag. 320.

⁴⁸⁾ *Frid. Es. a PUFFENDORF. Observat. iuris. univ.* tom. II. Obs. 93 e tom. III Obs. 197.

⁴⁹⁾ Si veda anche MEHLEN, *Anleitung zum gerichtlichen Process* (Greifswald 1800) parte I § 55 pag. 64.

⁵⁰⁾ SCHMIDT, *Lehrbuch von gerichtl. Klagen* parte I § 75. — MEHLEN l. c.

a loro di rispondere soltanto dinanzi al giudice del loro domicilio. Questo privilegio è fondato nella *L. un. Cod.: quando Imperator inter pupillos, vel viduas, vel alias miserabiles personas cognoscat* ⁵¹⁾, dove l'Imperatore COSTANTINO dice: *Si contra pupillos, vel viduas, vel diuturno morbo fatigatos et debiles impetratum fuerit lenitatis nostrae iudicium, memorati a nullo nostrorum iudicium compellantur comitatus nostro sui copiam facere: quinimo intra provinciam, in qua litigator, et testes vel instrumenta sunt experiantur iurgandi fortunam: atque omnis cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. Quod si pupilli vel viduae, aliique fortunae iniuria miserabiles, iudicium nostrae Serenitatis oraverint, praesertim cum alicuius potentiam perhorrescant, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere.*

Sorge qui pertanto la questione chi siano queste persone degne di commiserazione alle quali l'imperatore COSTANTINO ha concesso tale privilegio riguardo al foro. La legge ricorda

1. i pupilli. Con questa parola s'intendono veramente gli orfani impuberi i quali hanno perduto il loro legittimo padre e quindi sono *sui iuris* ⁵²⁾. Quindi non tutti i minori e neppure tutti gli impuberi appartengono alla classe delle persone degne di commiserazione. Non si può neppure conchiudere dai pupilli ai minori che già hanno raggiunto la pubertà perchè tra loro ha luogo un rapporto giuridico affatto diverso come già ZIEGLER ⁵³⁾ e KERSTEN ⁵⁴⁾, hanno dimo-

51) Offrono un commentario a questa legge oltre *Iac. GOTHOFREDUS*, in *Commentar. ad L. 2 Cod. Theodos. de officio iudicum omnium.* (tom. I pagine 64 seg. edit. *Bitter*) *Frid. Henr. Max. KERSTEN*, in *Diss. ad L. un. Cod. Quando imperator inter pupillos, praeside Frid. Gottl. ZOLLERO, def.* (Lipsiae 1773). — *Walter Vincent. WIRSE*, in *Diss. de foro personarum miserabilium ad L. un. Cod. Quando Imp. inter pupillos, etc.* (Rostochii 1781). — *Io. Aus. FEUERBACH*, in *Diss. an et quatenus privilegia miserabilium personarum pauperibus denegari possint*, (Gissae 1778) e specialmente *Corn. Ant. Fannius SCHOLTEN*, *Diss. de privilegio fori quod habent miserabiles, uti vocantur, personae*, (Lugduni Batav. 1789).

52) *L. 239 pr. D. de verbor. significat.*

53) *Diss. de foro privilegiato*, cap. VIII § 1.

54) *Diss. ad L. un. Cod. cit. § 8.* Si confronti anche *FEUERBACH, Diss. cit. § 7.*

strato. Non mancano tuttavia giureconsulti i quali vogliono estendere simile privilegio ai minori ⁵⁵). La legge ricorda

2. le vedove, senza distinguere se siano ricche o povere. Non si deve quindi prender ciò in alcuna considerazione, perchè ogni ve dova per la morte del suo marito viene a trovarsi in una condizione che di per sè stessa è degna di commiserazione ⁵⁶). Non si ha riguardo neppure alla condizione della medesima ⁵⁷). Molti giureconsulti ⁵⁸) vogliono ascrivere a questa classe anche persone non maritate le quali sono tuttora fanciulle, perchè la parola *vidua* secondo la spiegazione che ne dà GIAVOLENO ⁵⁹) non significa soltanto la *mulier quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque, quae virum non habuisset*. Ma in primo luogo il ricordato significato della parola *vidua* non è usuale presso i giureconsulti romani e si allontana dall'uso comune; nè può quindi, qui dove trattasi di un privilegio, essere addotto come fondamento, dovendosi essa intendere secondo l'uso comune ⁶⁰) pel quale la parola *vidua* designa una vedova che a cagione di morte ha perduto il suo marito e non è ancora passata ad altre nozze ⁶¹). In secondo luogo non vi è per le fanciulle lo stesso mo-

⁵⁵) VOET, *Commentar. ad Pand.* h. t. § 115. — SCHOLTEN, in *Diss. cit.* cap. I § 2. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 169.

⁵⁶) VOET, h. t. § 117. — Gabr. SCHWEDER, *Diss. de privilegio fori personar. miserabilium* (Tub. 1682 in *Collect. Dissertation.* tom. I num. 2) § 33. — KERSTEN, cit. *Diss.* § 9. — BERGER, *Oecon. iur.* lib. IV th. 3 not. 1. — LEYSER, *Medii. ad Pand.* vol II. *Spec.* LXXVIII med. 7.

⁵⁷) CARPOV, in *Respons. iur.* lib. II. *Resp.* XIX numeri 27 e 28, è veramente di altra opinione. Si veda altresì KERSTEN, cit. *Diss.* § 10.

⁵⁸) SCHILTER, *Praz. iur. Rom. Ex.* XIII § 21. — Pet. DUISSEMA, *Coniectural. iuris. civ.* (Groeningae 1714), lib. II cap. 2 § 1 pag. 165 seg. — ZIEGLER, in *Diss. cit.* cap. VII § 2. — WESTENBERG, *Princip. iur. sec. ord.* D. h. t. § 107. — KERSTEN, cit. *Diss.* § 11.

⁵⁹) L. 242 § 3 D. *de Verbor. signif.* [50 16].

⁶⁰) L. 69 D. *de Legatis* III [32]. L. 14 D. *de Legib.* [1 3]. — *Ius. a* BEYMA, *Commentar. in Tit. Dig. de Verbor. Significat. ad L.* cit. 242 pag. 238.

⁶¹) Questo proprio significato della parola *vidua* è confermato anche dalla etimologia secondo la quale quella deriva da *iduo*, *iduare*, che equivale a *separare* o *privare*. *Vidua* è quindi, secondo questa derivazione, *quasi a viro separata seu orbata viro*. — MACROBIUS, *Saturnal.* lib. I cap. 15 Si confronti qui MENAGH, *Amoenitates iur. civ.* cap. 39 pagine 394 seg., e specialmente VOSSII, *Etymolog. voc. idus*.

tivo che per le vedove le quali a cagione della morte del loro marito cadono generalmente in una triste condizione e quindi meritano maggior compassione che le fanciulle. A ragione, quindi tale opinione viene rigettata da altri ⁶²⁾ a cui aderisce anche il nostro autore. Si suole nullameno equiparare alle vedove quelle mogli che egualmente non hanno marito, perchè esso le ha abbandonate o trovasi privo di ragione o in tale stato, che può essere ritenuto come morto civilmente ⁶³⁾. Alle persone degne di commiserazione ascrive la legge

3. coloro i quali per diuturne malattie sono indeboliti o per altra ragione difettosi (*diuturno morbo fatigati et debiles*). Si ascrivono ad essi i paralitici, i sordi, i muti, i ciechi e anche coloro che sono affetti da mal caduco, ecc. ⁶⁴⁾. Così pure vecchi decrepiti ⁶⁵⁾. Finalmente

4. coloro che per disgrazie hanno perduto il loro patrimonio o diversamente sono persone indigenti; così, per esempio, i falliti senza colpa o diventati infelici per altre contrarie circostanze. L'estensione del privilegio ai prodighi giudizialmente dichiarati, agli ebrei battezzati, agli stranieri, alle scuole, ai conventi e ad altre *piae causae* non si può giustificare ⁶⁶⁾. Tuttavia questo privilegio non può essere negato ai poveri quando hanno che fare con ricche e potenti persone ⁶⁷⁾, se si considera quanto l'imperatore COSTANTINO abbia vo-

⁶²⁾ VOET, *Comm. h. t.* § 115. — LAUTERBACH, *Colleg. h. pr. Pandect. h. t.* § 58. — SCHOLTEN, cit. *Diss. cap. I* § 3. — SCHWEDER, *Diss. cit.* § 31. — LEYSER, *Meditat. ad Pand. Specim. LXXVIII medit. 3.* — FEUERBACH, cit. *Diss.* § 7. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 169 not. b. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. tom. III* § 4245 not. c. Si veda pure Io. van der LINDEN, *Diss. de iure viduarum*, (Lugd. Batav. 1774) pag. 22.

⁶³⁾ VOET, h. t. § 115. — SCHWEDER, cit. *Diss.* § 32. — SCHOLTEN, cit. *Diss. cap. I* § 3 pag. 19. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 169.

⁶⁴⁾ SCHWEDER, §§ 40 e 41. — SCHOLTEN, *cap. I* § 4. — KERSTEN, cit. *Diss.* § 12. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. tom. III* § 4245.

⁶⁵⁾ VOET, h. t. § 115. — MALBLANC, l. c. — HOFACKER, l. c.

⁶⁶⁾ Si veda LEYSER, *Specim. LXXVIII medit. 3 e 4*, e SCHOLTEN cit. *Diss. cap. I* § 5.

⁶⁷⁾ Di altra opinione è FEUERBACH, cit. *Diss.* § XI seg. Ma i motivi ivi adottati non sono persuasivi. Con me concordano Ia. GOTHOFREDUS, in *Comment. ad L. 2. C. Theod. de officio iudicam omn.* tom. I pag. 63. — SCHOLTEN,

luto imporre premure per i poveri, non soltanto riguardo alla loro cura ⁶⁸⁾, ma anche specialmente riguardo alla loro giuridica difesa pei motivi della religione cristiana ⁶⁹⁾, affinchè essi come ciò era il caso nelle lontane provincie, non potessero venire oppressi dai potenti ⁷⁰⁾. L'imperatore COSTANTINO, la cui corte, come BALDUINO ⁷¹⁾, si esprime, doveva essere in pari tempo l'asilo della innocenza sofferente, dà quindi a tali persone il privilegio che esse sono autorizzate a portare subito le loro controversie all'imperatore medesimo al cui trono, come il re TEODORICO dice presso CASSIODORO ⁷²⁾

cit. *Diss.* cap. I § 4 pag. 22 seg. — KERSTEN, cit. *Diss.* § 13. — SCHWEDER, cit. *Diss.* § 42. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III §§ 42-45. — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 169. — DANZ, *Grundsätze des gem. bürgerl. Processes* § 37 pag. 104. Quali persone siano tuttavia da intendere propriamente con la parola poveri, non si può decidere con la L. 10. D. *de accusat.* [48 2], ma è da rilasciare piuttosto al prudente arbitrio del giudice per dare un giudizio in proposito, ponderate le circostanze. *Ordin. del trib. camer. dell'imp.* parte I tit. § 1. — LEYSER, *Specim.* LXXXV med. 2. — Von QUISTORP, *rechtl. Bemerkungen*, vol. I num. 92.

⁶⁸⁾ L. 1 e 2 Cod. *Theodos. de alimentis, quae inopes parentes de publico praest. deb.* ed ivi Iac. GOTHOFREDUS in *Comm. ed easd.* L. L.

⁶⁹⁾ Si pensi ai *Defensores pauperum* di cui dice can. 10. *Concilii Carthaginiensis V annis* 401 (tom. I *Concilior.* pag. 904 seg. edit. *Harduini*) *Ab imperatoribus universis visum est postulandum, propter afflictionem pauperum, quorum molestiis sine intermissione fatigatur ecclesia, ut Defensores eis adversus potentias divitum cum episcoporum provisione delegentur.* — Vedi Ios. BINGHAMI, *Origines, seu Antiquitat. ecclesiast.* lib. III cap. XI § 2 (vol. II p. 50 edit. Halens. 1725), e Iac. GOTHOFREDUS, in *Comment. ad L. 38 Cod. Theod. de Episcop. Eccles. et Oleris* (tom. VI pag. 85).

⁷⁰⁾ *Corn. Wilh. de ROHER, Dissertationes de effectu religionis christianae in iurisprud. Rom.*, fascic. I *Diss.* IV § 7 pag. 109 in fin. seg.

⁷¹⁾ *Constantin. Magnus s. de Constantin. Imp. legibus eccles. et civil.* lib. II pag. 224 (edit. Argentor. de a. 1612).

⁷²⁾ *Variar. Epistolar.* lib. IV cap. 8. *Innocentiae professio est, nostram elegisse praesentiam, ubi nec violentiae locus datur. nec avaritiae vitia formidantur. Maurentius atque Paula, patris auxilio nudati, multorum se iniuriis testantur exponi: quorum adolescentia pervia videtur incommodis, cum facile possit subrepi vel juvenibus destitutis: et ideo nostrum merentur praesidium, a quibus se calliditas non abstinet improborum. Proinde sublimitas vestra tenorem praesentis iussuonis agnoscens supra memoratos adultos, si quis iurgantium pulsare voluerit, ad nostrum comitatum noverit dirigendos, ubi et innocentia per-fugium et calumniatores ius possunt invenire districtum.*

l'innocenza trova il suo ricovero e la calunnia la sua tomba ^{a)}. Essi al contrario non possono essere costretti a presentarsi davanti a questo supremo tribunale (*comitatus nostro*) ⁷³⁾ ^{b)}, quando i loro avversarii ricorrono all'imperatore stesso e vogliono ivi convenirli. Per comprendere esattamente questo privilegio è da osservare che nella costituzione monarchica non era inusitato di recare all'imperatore stesso o per questa o quella causa talune controversie sorpassando i giudizi ordinari, specialmente quando taluno aveva che

73) Iac. GUTHERIUS, *de officiis domus augustae*, lib. II cap. 5 dice: *Comitatus Principis est aula Principis aut Caesaris*; e Iac. GOTHOFREDUS, in *Comment. ad L. 2 C. Th. de officio iudic. omnium* spiega la parola *comitatus* così: *Ubi princeps est*. Ma verosimilmente viene inteso con quella l'*auditorium sacrum*, cioè quel supremo tribunale dove l'imperatore stesso era giudice e di cui si fa menzione nelle novelle dell'imperatore Teodosio, lib. I tit. 23 *de tributis fiscalibus et de sacro auditorio et de ceteris negotiis*. Vedi *Christ. Gottl. HUMBOLD, Specim. iur. Rom. publ. de Consistorio Principum*, cap. I § 2.

a) Questo concetto che l'imperatore assume personalmente la giuridica difesa dei poveri e degli infelici, già esistente in parte nella Roma pagana, si venne poi concretando come compito degli imperatori cristiani e tale fu ravvisato anche nei diritti barbarici.

Nell'odierno sistema procedurale il concetto si è trasformato dando vita a svariate istituzioni, dove tuttavia se ne potrebbe trovare il germe. Il re per mezzo di un suo rappresentante, il procuratore del re, il pubblico ministero (di cui sarebbe interessante ravvisare le origini e le trasformazioni storiche) interviene, senza deroga dell'ordinaria giurisdizione e competenza, in talune controversie che sembrano più interessanti e dove figurano alcune delle antiche *personae miserabiles*. Per le cause nelle quali il ministero pubblico conclude cfr. gli articoli 346-347 *C. p. c.* Della vedova non si fa espressa parola, ma si noti che per l'ultimo cap. dell'art. 346 il ministero pubblico può richiedere la comunicazione degli atti in tutte le cause nelle quali lo creda necessario per l'osservanza della legge e l'autorità giudiziaria può anche ordinarla di ufficio.

Si avverta pure che per il più saldo, preciso e liberale ordinamento giudiziario dello Stato odierno, per l'istituto del gratuito patrocinio, per le stesse norme attinenti alla giurisdizione volontaria (di cui è desiderabile la rigorosa osservanza in tutti i casi possibili), la protezione giuridica delle persone degne di commiserazione è resa, ai dì nostri, più sicura e celere nelle vie ordinarie. E la stessa procedura non sfuggerà a quel benefico moto di progresso che domina oggi in tutte le nostre istituzioni.

b) Questo *comitatus* non è che una fase storica del *consistorium principis*, specie di Consiglio di Stato, composto di alti funzionari presso l'imperatore, il quale, tra le più svariate attribuzioni, fungeva pure talora da tribunale. Sull'argomento sono state fatte recentemente interessanti ricerche. Vedi per tutti WILLEMS, *Le droit publ. rom.* (6.^a ed. Louv. 1888) pagine 551-56, HUBERT, *Consist. princip.* nel *Dict.* di DAREMB. et SAGLIO, I pagine 1453-54.

fare con un avversario potente e da cercare aiuto contro i minori despoti presso il maggiore ⁷⁴). Un tale mezzo quindi non può aver luogo secondo la nostra legge per molestia delle vedove ed orfani e in generale di quelle persone che a cagione della loro condizione degna di commiserazione non possono essere facilmente temibili per il loro avversario. Quando queste al contrario avessero una qualche causa di temere la potenza dei loro avversari o di trovare sospetta l'amministrazione della giustizia per parte dei tribunali ordinari, deve offrire ad essi il trono dell'imperatore un sicuro asilo ⁷⁵). S'intende ordinariamente la legge in questo senso che le vedove, gli orfani e le altre persone nominate nella legge già come tali, e senza altre circostanze o cagioni, debbano essere tosto autorizzate a portare i loro affari dinanzi all'imperatore ⁷⁶). Ma le parole: *praesertim cum alicuius potentiam perhorrescoant*, devono soltanto indicare il caso ordinario come già hanno dimostrato GODEFROI ⁷⁷) e NOODT ⁷⁸); non devono essere intese in alcun modo in questa guisa che quelle persone di cui parla la legge, quando anche per parte del loro avversario o dei giudici ordinari, niente abbiano a temere, possano a proprio piacimento rivolgersi tosto al principe. L'avverbio *praesertim* esprime più spesso nelle nostre leggi ciò che usualmente è così e niente altro ⁷⁹). Concedere ingiustizie per pietà non era intenzione di COSTANTINO nè dei suoi successori; per lo meno, protesta in contrario TEODORICO, quando presso CASSIODORO ⁸⁰) dice: *orphanis ac viduis contra saevos impetus placida praestare debemus solatia, ita*

⁷⁴) Si veda GOTHOFREDI, *Commentar. ad L. 2 Cod. Theod. de officio iudicum omnium*, tom. I pag. 64.

⁷⁵) Siccome la legge non fa alcuna distinzione, è indifferente che siano attori o convenuti. Vedi VOET, h. t. § 120 e SCHOLTEN, cit. *Diss. cap. 2 § 3 pag. 45*.

⁷⁶) *Oasp.* SCHIFORDEGHER, ad Anton Fabrum, L. I *Tract. XXIV. Quaest. 3 pag. 267*. — STRAUCH, *Lexic. particular. iuris. v. praesertim*. — ZIEGLER, *Tr. de foro privilegiato*, cap. VII § 4. — SCHEWEDER, cit. *Diss. § 52*. — KERSTEN, cit. *Diss. §§ 5 e 6*.

⁷⁷) *Commentar ad L. 2 Cod. Theod. de officio iudic. omnium*, pag. 65.

⁷⁸) *Commentar ad Dig. h. t.* (Oper. tom. II pag. 154 § *Alius modus in fin.*).

⁷⁹) Vid. BRISSENIUS, *de verborum significat h. v.*

⁸⁰) *Variar epistol.*, lib. XI *epist. 3*.

tamen, ne (quod accidit per nimiam pietatem) dum miseris subvenire quaerimus, locum legibus auferamus.

Si domanda quindi in che misura oggi sia da fare uso di questo privilegio.

1. In questo proposito è certo che quel privilegio mediante il quale, persone degne di commiserazione non possono venire costrette a litigare fuori della loro provincia coi loro avversarii dinanzi al tribunale dell'imperatore, quando questi si siano ivi già rivolti, oggi non è più concepibile dopo che GIUSTINIANO in seguito ha esteso lo stesso privilegio in genere a tutti i provinciali ed ha eccettuato soltanto il caso in cui non fosse da ricevere giustizia dal giudice della provincia. Al contrario

2. per ciò che riguarda l'altro privilegio delle persone degne di commiserazione contrasta veramente il TOMASIO⁸²⁾ l'odierno uso del medesimo per motivi non irrilevanti; ma per la odierna pratica esso non solo ha luogo, ma è stato pure esteso indebitamente in varia guisa⁸³⁾. L'uso del medesimo si verifica

a) nei singoli paesi dell'impero tedesco⁸⁴⁾ di guisa che tali persone, sieno esse attrici o convenute, trascurando le inferiori istanze possono tosto rivolgersi al signore stesso del paese o al suo supremo tribunale se anche non vi sia alcun ulteriore motivo di respingere i giudici delle inferiori istanze⁸⁵⁾. Se ciò è esatto non può esser

81) Nov. LXXXVI. [Zach. 67] Si confronti de COCCEJI, *iur. civ. contr. h. t. Qu. 22.* — SCHWEDER, *Diss. de privilegio fori personar. miserabil.* §§ 3-6. — SCHOLTEN, cit. *Diss. cap. II § 7.* — WIESE, cit. *Diss. § 3.*

82) *Diss. de singulari aequitate L. un. Cod. Quando Imper. inter pupillos* [3 14] *Sect. 3 e 4.*

83) Io. Guil. HOFFMANN, *Observation. quas ad usum fori spectant. fascic.* (Francoforte ad Viadr. 1736) *Obs. 12.* — VERNHER, *Observat. for. tom. III parte I Obs. 3.* — HOFACKER, *Princip. iur. civ. tom. III § 4245.* — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 58.* — LEYSER, *Specim. LXXVIII med. 1.* — MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar. § 169 in fin.*

84) Negli Stati prussiani il *privilegium personarum miserabilium* riguardo al foro è abolito. Vedi *Ordinanza generale giudiziaria per gli Stati prussiani*, parte I tit. 2 § 106.

85) BRUNNEMANN, in *Comm. ad L. un. Cod. cit. num. 14.* — SCHWEDER, cit. *Diss. § 15 e § 52.* — DANZ, *Grundsätze des ordentl. bürgerl. Proc. § 37,* e GROLLMANN'S *Theorie des gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten, § 45.*

presa in considerazione la distinzione che vogliono fare taluni giuriconsulti ⁸⁶⁾ tra la giurisdizione personale e la patrimoniale, poichè appunto questo che la seconda non era conosciuta ai Romani, non ci somministra alcun motivo perchè riguardo ad essa possa esser fatta una eccezione: non potendosi in alcuna guisa dimostrare che qui alla giurisdizione patrimoniale spetti un diritto di preferenza rispetto alla giurisdizione di ufficio ⁸⁷⁾.

b) Per ciò che riguarda i supremi tribunali dell'impero mancano chiare disposizioni nelle leggi imperiali ⁸⁸⁾, sopra l'applicazione di questo privilegio ai ricordati tribunali. E neppure nella ultima visitazione del tribunale camerale, quando questo punto venne in considerazione, fu deciso alcunchè in proposito ⁸⁹⁾. Tuttavia il pieno uso del medesimo presso ambedue i tribunali è posto fuori di dubbio mediante l'uso del foro in quanto così gli attori immediati, come i mediati ai quali secondo i principii del diritto comune spetta questo privilegio, sono autorizzati, anche trascurando la istanza di conciliazione, a portare tosto davanti ad uno dei supremi tribunali imperiali le loro azioni contro convenuti immediati ⁹⁰⁾. Ma se le persone degne di commiserazione, anche nel caso che i loro avversarii sieno sottoposti alla signoria territoriale, possano trascurando

⁸⁶⁾ BERGER, *Oeconom. iuris*. lib. IV tit. IV th. 3 not. 2, e KIND, *Quaest. for.* tom. I cap. 46.

⁸⁷⁾ WERNHER, *Observat. for.* tom. III parte I *Obs.* 3 numeri 15-18. — KERSTEN, cit. *Diss.* § 20. — WIESE, cit. *Diss.* § 6 pag. 16. — MALBLANC, *Consp. rei iudiciar.* § 169 in fin.

⁸⁸⁾ Si confronti *Ordin. del trib. camer.* parte I tit. 12 § 3 parte II tit. I § 2 parte III tit. 64 § 1. *Ordin. del cons. aul. dell'imp.* tit. 2 § 6.

⁸⁹⁾ *Raccolta delle lettere originali riguardanti l'ultima visita del tribunale camerale*, parte I pagine 214 e 224.

⁹⁰⁾ V. de LUDOLF, *Comment. de iure camerale*, L. 1 § 2 num. 25 pag. 31. — de CRAMER, *Observat. iur. univ.* tom. I *Obs.* 269 e 286. Del medesimo *Nebenstunden*, parte II trat. 2 e parte LVII tr. 1. — MOSEB, *von der deutschen Iustisverfassung*, parte I pag. 1019. — HANZELY, *Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis*, § 464. — TAFINGER, *Institut. iurisprud. camerale*. § 464. — P. O. FRECH, *Diss. an iurisdictione Camerae imper. ex. L. un C Quando Imp. inter pupillos etc.* [3 14] *tit. fundata*, (Giessae 1758). — PÜTTER, *nova Eptome. processus imperii*, § 122 e specialmente del MALBLANC la *Anleitung zur Kenntniss der teutschen Reichs- und Provinzial- Gerichts- und Oansteyverfassung und Praxis*, parte 4 § 132 pagine 588 seg.

i tribunali territoriali portare subito le loro azioni davanti ai supremi tribunali imperiali è una quistione molto discussa. Alcuni ⁹¹⁾ affermano che anche in questo caso la giurisdizione dei tribunali imperiali è fondata in prima istanza per la L. un. C. *quando imperator*. Altri ⁹²⁾ distinguono se trattisi di un paese il cui signore ha un illimitato privilegio di appello o di un paese il cui signore non sia provveduto del medesimo. Soltanto nell'ultimo caso dovrebbe poter aver luogo la presentazione dell'azione ai tribunali imperiali, non però nel primo caso poichè in quei paesi il signore territoriale è il supremo giudice. Indubbiamente merita di essere preferita tuttavia la opinione di coloro ⁹³⁾ i quali affermano che a cagione della grande differenza fra la costituzione politica tedesca e la romana, e a cagione del diritto di evocazione solennemente assicurato a tutti gli Stati dell'impero riguardo alla loro territoriale giurisdizione senza che sia mai fatta una eccezione per le persone miserabili, le azioni di queste contro i sudditi mediati, non possano essere portate in prima istanza ai tribunali dell'impero, ma soltanto ai supremi tribunali del paese.

Del resto il privilegio delle persone degne di commiserazione vien meno

1. Quando ambedue le parti litiganti sono *personae miserabiles*

⁹¹⁾ HERTIUS, *de superioritate territoriali*, § 36 (in *Opuscul.* tom. II pag. 263) e LEYSER, *Specim.* LXXVIII med. 1.

⁹²⁾ PÜTTER, *nova epitome process. imperii*, § 122 *idem* in *Institut. iur. publ.* § 298 num. III e HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4245.

⁹³⁾ de LUDOLF. *Comment. de iure cam.* pag. 31. — TAFINGER, *Institut. iurisprud. cameral.* § 464. — MEVIUS, parte II *Decis.* 110. — *Gottl. a UNGLEICH, Diss. de iurisdictione summorum imperii tribunalium ex. L. un. Cod. quando imper. inter pupillos, haud fundata* [3 14], Maguntiae 1769 (in HARTLEBEN, *Thesaur. Dissertation. iurid. Moguntin.* tom. II parte I num. VI). — *Carl. Georg. von ZANGEN*, Trattazione della questione: se la giurisdizione dei supremi tribunali dell'impero sia fondata per la prima istanza in quelle cause che riguardano persone miserabili, specialmente sopra i mediati, (Weslar 1778) e nella sua *Sammlung practischer Rechtserörterungen*, mem. I. — MALBLANC, cit. *Anleitung*, cap. VIII § 137 pagine 615 seg. — HÄBERLINS *Handb. des deutsch. Staatsrechts*, lib. 2 § 298 pag. 464. — DANZ, *Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes*, § 37 pag. 105, e GROLLMANN'S *Theorie des gerichtl. Verfahrens*, § 45 pag. 53.

perchè in tal caso nessuna parte ha da temere qualche cosa dal suo avversario ⁹⁴). Il motivo *privilegiatus contra aequè privilegiatum non utitur iure suo* è così inesatto come infondata la eccezione che alcuni giureconsulti ⁹⁵) fanno, cioè quando l'una persona è più privilegiata che l'altra. Invero l'imperatore non dà agli orfani alcuna preferenza sulle vedove ⁹⁶).

2. Quando a questo privilegio siasi espressamente o tacitamente rinunciato, la quale ultima ipotesi si verifica quando una persona miserabile presenta la sua azione dinanzi al giudice ordinario o dinanzi al medesimo sia impegnato in una lite ⁹⁷). Se tuttavia la medesima non ha ottenuto presso questo giudice la giustizia che gli spettava, le rimane sempre aperta la via del ricorso al signore del paese, poichè la rinuncia, che senza di ciò è da intendere rigorosamente, non può essere estesa a questo caso ⁹⁸).

3. Quando la parte dopo l'impegno nella lite si è ritrovata nella condizione di una persona miserabile ⁹⁹). Tuttavia eccettuo anche qui il caso che le circostanze si cambino in tal guisa che la persona diventata infelice durante il processo, abbia il fondato motivo di dubitare di una imparziale ed efficace giustizia per parte dell'ordinario giudice.

4. Quando alcuno a cagione di un delitto o per un inganno siasi posto nella condizione di una persona miserabile ¹⁰⁰). Taluni

⁹⁴) VOET, h. t. § 121. — SCHOLTEN, cit. *Diss.* cap. II § 5. — CRAMERS *Nebenstunden* parte XXXVII Mem. 10 § 4. — von ZANGEN, l. c. pag. 19. — MALBLANC, l. c. § 132 pag. 593. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4245 num. 3. — DANZ, l. c. pag. 104.

⁹⁵) SCHWEDER, cit. *Diss.* § 66. — KERSTEN, cit. *Diss.* § 19.

⁹⁶) WIESE, cit. *Diss.* § 13 pag. 24.

⁹⁷) VOET, h. t. § 123. — *Casp.* SCHIFORDEGHER *ad Anton. Fabrum* lib. II. *Tract.* XXIV. — SCHOLTEN, cit. *Diss.* cap. II § 4. — SCHWEDER, cit. *Diss.* § 73-75. — LEYSER, *Meditat. ad Pand. Spec.* LXXVIII med. 10.

⁹⁸) SCHWEDER, cit. *Diss.* § 71 e LEYSER, cit. *Specim. medit.* 5 e 6.

⁹⁹) L. 7 L. 30 D. h. t. SCHIFORDEGHER, cit. *Tract.* quæst. 3 pag. 266. — PÜTTER in *libr. de praesentione et inde nata praescriptione fori* § 83. Di altra opinione è però WIESE, cit. *Diss.* § 13 pag. 24.

¹⁰⁰) SCHWEDER, cit. *Diss.* § 67. — MÜLLER *ad Struvii Syntag. iur. civ. Exerc.* IX th. 59 lit. β nota VI pag. 577. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4245 num. 3.

vogliono veramente limitare ciò al caso che siasi fatto qualche cosa *in fraudem legis* per ottenere un vantaggio mediante questo privilegio ¹⁾. Ma anche senza questo riguardo si può fondatamente sostenere che non sia degno di commiserazione colui il quale mediante un contegno illegittimo, si è reso da sè stesso infelice senza esserlo diventato *fortunae iniuria* come la legge richiede.

5. Quando la causa appartiene alle bagattelle ²⁾ (vedi pag. 18 seg.), ovvero è tale che appartiene già alle privilegiate, per esempio, una causa feudale, o che abbia esclusivamente il suo *forum* speciale, per esempio, quando per una intrapresa amministrazione si agisca pel rendimento dei conti ³⁾.

6. Quando una persona miserabile agisce per un diritto che le è stato ceduto da una *persona non miserabilis* ⁴⁾. Dalla costituzione dell'imperatore COSTANTINO non si vede a dir vero che l'uso del privilegio sia limitato riguardo ad un credito ceduto: e lo negano anche molti giureconsulti ⁵⁾. Nulladimeno il cessionario riguardo al credito trasmesso gli subentra nel luogo del cedente e quindi non può giovargli a danno del debitore di privilegi della propria persona ⁶⁾ quando il debitore non ha consentito la cessione e non ha riconosciuto il cessionario per suo creditore ⁷⁾.

¹⁾ WIESE, cit. *Diss.* § 13 pag. 24 seg.

²⁾ VOET, *ad Pand.* h. t. § 124. — LEYSER, *Meditat. ad Pand. Specim.* LXXVIII *medit.* 8.

³⁾ SCHWEDER, cit. *Diss.* § 76 e 77. — MALBLANC, *Conspect. rei iudic.* § 169 num. 4. — GROLLMANN, *Theorie des gerichtl. Verfahrens* § 45 pag. 53.

⁴⁾ LEYSER, *Specim. cit. medit.* 9. — SCHWEDER, cit. *Diss.* § 68. — HOFACKER, tom. III § 4245 III 3.

⁵⁾ WIESE, cit. *Diss.* § 13 pag. 25 in fin.

⁶⁾ L. 2 pr. D. *de hered. vel. act. vendit.* [18 4]. L. 5 Cod. *eod.* L. 2 Cod. *de fisc. usur.* [10 8]. L. 156 § 2 e 3 D. *de Reg. iur.* L. 175 § 1. L. 177 D. *eodem.* — SCHOLTEN, cap. II § 6 pag. 59.

⁷⁾ V. *Christ. Guil.* WEHRN *Disquis. iurid. de cessionario privilegiato ad usum privilegiorum suorum admittendo.* (Erfordia 1786) §§ 1-3.

§ 523.

2. Foro degli ecclesiastici a)

Hanno un foro privilegiato II gli ecclesiastici i quali in tutte le cause che riguardano la loro persona sono soggetti ai tribunali ecclesiastici ⁸⁾. Io ho già trattato di questo foro in un altro luogo ⁹⁾ a proposito della dottrina della giurisdizione ecclesiastica; quindi voglio qui soltanto dichiarare più precisamente alcuni punti. Per ciò che riguarda l'origine di questo privilegio degli ecclesiastici

⁸⁾ Del foro degli ecclesiastici trattano pienamente *Zeg. Bern. van ESPEN in iur. Ecoles. univ. parte III tit. 1 cap. 4-6* — *Jan. a COSTA in Comm. ad Decretal. lib. II, tit. 1 pag. 279.* — *Jac. GOTHOFREDUS, Comment. ad. Cod. Theodos. tom. VI pag. 58 seg. e pag. 334 seg.* — *MAIER, von den evangel. Geistlichkeit Gerichtsstande in seillichen Sachen.* (Tübingen 1781 8). — *SIEBENKES nei Beytr. zum teutschen Rechte parte VI num. 5 pag. 91 e MALBLANC in Conspect. rei iudiciariae § 118-121.*

⁹⁾ Vedi il libro II di questo commentario § 196.

a) Questo parag. non ha per noi che un'importanza storica, a dir vero grandissima. Cfr. in generale *BETH MANN-HOLLWEG, Der Civilprozess, III § 139, § 118 VI § 124.* — *EICHORN, Grunds. des k. Rechts, II p. 131.* — *FESSLER, Canonisches Prozess in der vorjustin. Periode* (Wien, 1860). — *FRIEDBERG, De fin. inter eccles. et civ. reg. iud. pagine 113 seg., 140 seg.* — *Detto, Kirchenrecht* (2 Aufl.) § 100. — *GRASHOF, Die Gesetzgebung der römischen Kaiser über die Güter und Immunitäten des Klerus (Arch. f. kat. Kirchenr. XXXVI p. 3 seg.).* — *Detto, Die Anerkennung des privilegierten Gerichtsstandes des Klerus durch die römischen Kaiser (Arch. cit. XXXVIII p. 3 seg.).* — *JACOBSON, Gerichtsbarkeit, geistliche* (*WEISKE, Rechtslex. IV pagine 581-663*). — *JUNGK, De originibus et progressu episcop. iudicii in causis. civilib. laicorum usque ad Justinianum* (Berlin, 1832). — *LOENING, Gesch. des Kirchenrechts, I pagine 250 seg., 289-304.* — *MICHEL, Das Verfahr. bis zur Litiscontest. im ordentl. canon. Civilpr.* (Leips, 1870). — *MOLITOR, Ueber canonisches Gerichtsverfahren gegen Cleriker* (Maynz, 1856) capitoli 1-3. — *G. B. PERTILE, Corso cl. di giurispr. ecclesiast. III § 324 seg.* — *A. PERTILE, Storia del dir. it. VI § 211.* — *RICHTER, Lehrbuch des katholisch. und evangelisch. Kirchenrechts* (8 Aufl. bearb. von *DOVE und KAHL, Leips. 1886*) § 206. — *SALVIOLI, Le giurispr. speciali, I parte seconda.* — *SCADUTO, Stato e Chiesa nelle due Sicilia dai Normanni ai giorni nostri* (Palermo, 1887) § 22 seg. — *SCHILLING, De origine juris. eccles. in causis civilib.* (Lips. 1825). — *TURK, De juris. civ. p. med. aetate cum ecclesiast. conjunctae origine et progr.* (Monast. 1825). — *WALTER, Lehrb. des kan. Rechts §§ 181-84.* — *WETZEL, System des ordentl. Civilproz. (2.ª ed.) § 22.*

relativo al fòro, esso è stato introdotto dopo il tempo degli imperatori cristiani, a grado a grado confermato e ampliato in parte mediante il consenso e le concessioni degli imperatori romani, in parte mediante le conclusioni, concilii e costituzioni dei pontefici romani. Già molto tempo innanzi a GIUSTINIANO i vescovi erano i soli giudici competenti nelle cause che riguardavano la religione e la disciplina ecclesiastica, ma non ancora nelle cause civili degli ecclesiastici. In una costituzione degli imperatori ARCADIO ed ONORIO ¹⁰⁾ si dice espressamente: *Quoties de religione agitur, Episcopos convenit iudicare: caeteres vero causas, quae ad ordinarios cognitores vel ad usum publici iuris pertinent, legibus oportet audiri.* Non si può veramente affermare che mediante questa costituzione sia stato tolto ai vescovi il privilegio già accordato con editto dell'imperatore COSTANTINO ¹¹⁾ di giudicare le cause civili, con esclusione dei tribunali laici, quando le parti con libera e concorde decisione si sono rivolte a quelli, come GODEFROI ¹²⁾ sostiene. Anzi appare

¹⁰⁾ L. 1 *Cod. Theod. de religione.* Jac. GOTHOFREDUS in *Comm. ad h. L.* tom. VI pag. 334.

¹¹⁾ SOZOMENUS, *Histor. eccles.* lib. I cap. 9, racconta di COSTANTINO: *Iudicio contententibus potestatem fecit, Episcoporum iudicium invocare, neglectis, si vellent, civilibus magistratibus: iussitque, ut Episcoporum sententia rata esset, non secus ac si ab ipso Imperatore fuisset prolata.* La costituzione dell'imperatore COSTANTINO che trovasi nella L. 1 *Cod. Theod. de episcopali iudicio* secondo la quale si deve poter citare il proprio avversario, sia una persona ecclesiastica, sia un laico, anche contro la sua volontà davanti al vescovo, anche quando il processo è già reso dipendente dal giudice secolare, è senza dubbio interpolata come Jac. GOTHOFREDUS in *Comment. ad Cod. Theodos.* tom. VI pag. 340 seg., ha pienamente dimostrato. Veramente Jose LE GENDRE nel suo *Tract. de episcopali iudicio, quo veritas trium constitutionum, quae extant in Cod. Theod. Tit. de episcopali iudicio adversum calumnias Iac. GOTHOFREDI et aliorum defenditur et dilucide demonstratur;* (il quale si trova in *Thes. Meermann.* tom. III pag. 338 seg.) si è dato molta pena di difendere la genuinità di quella costituzione. Ma molto vi manca prima che egli abbia tolto il loro valore agli importanti argomenti del GODEFROI come ha dimostrato *Henr. Mich. HEBENSTREIT in Historia iurisdictionis ecclesiasticae ex legibus utriusque codicis illustrata.* Diss. II (Lipsiae 1776) § 16. Ancor più insignificanti sono gli argomenti di Io. DOVIAT in *Praenotion. canon.* tom. I lib. II cap. II § 20 che già ha confutato *Aug. Frid. SCHOTT ad Deviatium* c. l. nota 7 pag. 238 seg. Si veda anche *Ios. BINGHAMI, Origines sive antiquitat. eccles.* vol. I lib. II cap. VII § 3.

piuttosto il contrario dalle stesse costituzioni dei ricordati imperatori che appunto nell'anno 398, dal quale è datata la sopraccitata costituzione, rescrivono al *praefectus praetorio* EUTICHIANO ¹³⁾: *Si qui ex consensu apud sacrae legis antistitem litigare voluerint, non vetabuntur: sed experientur illius in civili duntaxat negotio, more arbitri, sponte residentis, iudicium*; e il medesimo confermano essi anche più largamente poi in un'altra costituzione al *praefectus praetorio* TEODORO ¹⁴⁾ dell'anno 408: *Episcopale iudicium ratum sit omnibus, qui se audiri a sacerdotibus elegerint: eamque illorum iudicationi adhibendam esse reverentiam iubemus, quam vestris deferri necesse est potestatibus, a quibus non licet provocare. Per iudicum quoque officia, ne sit cassa episcopalis cognitio, definitioni executio tribuatur*. Ma con ciò non avevano ancora i vescovi nelle cause civili degli ecclesiastici una ordinaria giurisdizione ¹⁵⁾; essi potevano fungere soltanto da arbitri. Le loro

¹²⁾ In *Comment. ad L. 1 Cod. Theod.* cit. Tuttavia si veda HEBENSTREIT, cit. loc. § 19 e *Corn. Wilh. de RHOER Dissertationes de effectu religionis christianae in iurisprud. Rom. Diss.* III § 7.

¹³⁾ L. 7 *Cod. Iust. de episcop. audientia* [1 4].

¹⁴⁾ L. 8 *Cod. eodem.*

¹⁵⁾ Secondo la conclusione di un certo concilio romano che deve essere stato tenuto nell'anno 324 sotto papa SILVESTRO, pur con l'assentimento dell'imperatore COSTANTINO, viene proibito agli ecclesiastici sotto pena della scomunica di litigare fra loro davanti al giudice secolare. GRAZIANO lo ha (*can. 3 Caus. 11 qu. 1*) accolto nel suo decreto. Ma questo canone è tolto dallo PSEUDOISIDORO, e falso come l'intero concilio. Vedi Io. CABASSUTIUS in *Notitia Eccles. Concilior.* pag. 123. — *Car. Sebast. BERARDUS in Gratiani canones* parte I cap. VI pagine 48 e 52 (*edit. Venet. 1777 4*) e *Franc. FLORENTIS, Commentar. ad Gratiani Caus. XI quaest. I tom. II. Operum iurid.* pag. 20 (*edit. a LORBERO a STOERCHEN, Norimbergae 1756*). Nulladimeno è vero questo che da un certo sinodo di Cartagine dell'anno 397, sotto il vescovo AURELIO, fu presa la decisione che niuno ecclesiastico il quale siasi impegnato nella lite davanti il suo vescovo possa, sotto minaccia di perdere il suo ufficio, abbandonare quello e deferire la lite al giudice secolare. Anche DIONISIO ha questo canone nel suo codice, e in GRAZIANO trovasi al *can. 43 Caus. XI qu. 1*. Da ciò non segue ancora una esenzione degli ecclesiastici dalla giurisdizione secolare, ma questo canone punisce soltanto la *clericorum levitas et proacitas qui post causam in Ecclesia tractari coeptam, spretis et relictis iudiciis ecclesiasticis, saeculari se arbitrio iudicioque committunt*, come si esprime *Christ. IUSTELLUS in Observation. et not. in Codicem canon. Ecclesiae Africanae* pag. 421 (*Bibliothecae iur. canon. vet.*). Si veda

decisioni erano bensì valide quando anche il compromesso non fosse stato confermato da alcuna stipulazione penale delle parti ¹⁶⁾. Già per riguardo al vescovo era d'uopo sottomettersi alla sua decisione così come fosse stata emessa dall'imperatore medesimo o dal suo più alto funzionario, il *praefectus praetorio*, senza che fosse lecito un ulteriore appello ¹⁷⁾. Ma la esecuzione della sentenza spettava tuttavia alla autorità secolare ¹⁸⁾. Nulladimeno, incominciando i vescovi ad abusare della *audientia episcopalis* loro concessa, e ad arrogarsi una esclusiva competenza specialmente nelle cause degli ecclesiastici ¹⁹⁾,

anche *Casp. ZIEGLER, Commentar. de Episcopis* lib. III cap. 30 § 52. — *BEARDUS*, l. c. pag. 150 e *FLORENS*, l. c. pag. 21 seg.

¹⁶⁾ *V. Jan. a COSTA, Commentar. ad Decretal.* lib. II tit. 1 pag. 286 seg. e *HEBENSTREIT*, cit. *Diss.* § 18.

¹⁷⁾ *HEBENSTREIT, Hist. iurisd. eccles. Diss.* II §§ 25 e 26.

¹⁸⁾ *HEBENSTREIT*, cit. *Diss.* § 24. A buon diritto dice quindi *Casp. ZIEGLER*, in *Commentar. de Episcopis* lib. III cap. 30 § 39: *Si dicendum quod res est, nuda tantum illis videtur notio aut cognitio causae commissa, nulla simul data iurisdicchio, quippe quae sine modica coercionem consistere non potest.*

¹⁹⁾ A questa usurpazione sembra che gli imperatori medesimi abbiano dato occasione ai vescovi mediante alcune costituzioni imprecisamente concepite. Per esempio, si dice in una certa costituzione dell'imperatore ONORIO al *praefectus praetorio* MELIZIO dell'anno 412: *clericos non nisi apud Episcopos accusari convenit*. Si veda la L. 41. *Cod. Theod. de episcop. eccles. et cleric.* Se con ciò si confronta una successiva costituzione dell'imperatore VALENTINIANO L. ult. *Cod. Theod. eodem*, dove questo imperatore abolisce un editto di GIOVANNI il tiranno, molto dannoso agli ecclesiastici, con le seguenti parole: *clericos etiam quos indiscretim ad saeculares iudices debere deduci, infaustus Praesumptor edixerot, episcopali audientiae reservamus*: e vi si legge l'adotto motivo: *fas enim non est, ut divini muneris ministri temporarium potestatum subdantur arbitrio*, non si può del tutto far carico ai vescovi se si arrogavano più di quello che gl'Imperatori volevano veramente conceder loro. Si veda *Iac. GOTHOFREDI, Commentar. ad Cod. Theod.* tom. VI pag. 90 e pag. 105 e *Ian. a COSTA, Commentar. in Decretales* pag. 288. Così ci si può spiegare come ANATOLIO patriarca di Costantinopoli potesse avere il pensiero di aggiungere arbitrariamente alle decisioni del Sinodo Calcedonese dell'anno 451, il canone che gli ecclesiastici sotto minaccia di pena non possono convenirsi l'uno l'altro davanti al giudice secolare, ma dinanzi al vescovo; il vescovo invece deve riconoscere per suo giudice soltanto il Sinodo provinciale e il Metropolitan, il primate della diocesi ovvero il patriarca di Costantinopoli. DIONISIO soprannominato *Exiguus* lo ricevette tuttavia nel suo *Codex canonum* e anche GRAZIANO lo reca nel suo decreto *can. 46 Caus. XI Qu. 1*. Secondo la versione di DIONISIO sta anche

onde sorgevano molte controversie fra loro e i *praefecti praetorio* ²⁰⁾, le lagnanze divenute clamorose dettero occasione all'imperatore VALENTINIANO di limitare la immoderata potestà dei vescovi con una speciale costituzione al *praefectus praetorio* FIRMINO dell'anno 452, dalla quale io voglio riportare soltanto le seguenti parole ²¹⁾: *De episcopali iudicio diversorum saepe causatio est. Ne ulterius querela procedat, necesse est praesenti lege sanciri. Itaque cum inter clericos iurgium vertitur, et ipsis litigatoribus convenit, habeat episcopus licentiam iudicandi: praecunte tamen vinculo compromissi. Quod et laicis si consentiant, auctoritatis nostra permittit. Aliter eos iudices esse non patimur, nisi voluntas iurgantium, interposita, sicut dictum est, conditione, praecedat. Quoniam constat, episcopos et presbiteros forum legibus non habere, nec de aliis causis, secundum ARCADIUM et HONORII divalia constituta, quae Theodosianum corpus ostendit praeter religionem, posse cognoscere. Si ambo eiusdem officii litigatores nolint, vel alteruter, agant publicis legibus et iure communi. Si vero petitor laicus seu in civili seu criminali causa, cuiuslibet loci clericum adversarium suum, si id magis eligat, per auctoritatem legitimam in publico iudicio respondere compellat.*

nel cap. I X *de foro compel.* Cfr. BERARDUS in *Gratiani canon.* tom. I cap. XXII pag. 236. — *Lud. Ellies du PIN de antiqua ecclesiae disciplina* (Colon. Agrippin. 1691). *Diss.* II cap. I § 4 pag. 119. — *Franc. FLORENTIS, Opera iurid.* tom. II pag. 7 seg. — *Zeg. Bern. van ESPEN, Commentar. in canones concilii Chalcedon.* tom. VII delle opere, pag. 32 seg.

²⁰⁾ Memorabili sono le contese del vescovo CIRILLO col *Praefectus Aegyptii* ORESTE che racconta SOCRATES *Histor. eccles.* lib. VII cap. 13.

²¹⁾ Essa trovasi nelle *Novellae constitution. Imperator. Iustiniano anterior.* edite da Io. Dan. RITTER, lib. II tit. 12 pag. 127. — ZIEGLER in *Comment. de Episcop.* lib. III cap. 30 § 63 crede veramente che questa costituzione sia stata valida soltanto in Occidente. In Oriente si sarebbero regolati sotto l'imperatore TEODOSIO secondo il canone 9 del Sinodo di Calcedonia. Ma gli imperatori TEODOSIO e VALENTINIANO avevano stabilito, come è noto, che ambedue gl'imperi, l'orientale e l'occidentale, dovessero essere retti con una stessa forma e con le istesse leggi. In una certa novella con la quale l'imperatore VALENTINIANO promulga nel suo impero alcune nuove costituzioni dell'imperatore TEODOSIO (secondo la edizione del GOTHOFREDO è la 13 delle novelle di VALENTINIANO, secondo la edizione del RITTER figura tra le novelle di TEODOSIO come la 35, datata da Ravenna il 448) si dice espressamente: *ut sicuti uterque orbis individuus ordinationibus regitur, iisdem quoque legibus temperetur.* Si veda anche la *Novella Theodosi 2.^a* in RITTER, pag. 8.

Quam formam etiam circa episcoporum personam observari oportere censemus. In questa costituzione l'imperatore VALENTINIANO conferma bensì in generale le disposizioni degli imperatori ARCADIO ed ONORIO, che sopra sono state citate, ma col cambiamento che negli affari civili degli ecclesiastici il vescovo sia autorizzato a conoscere come arbitro soltanto quando le parti mediante una stipulazione penale si siano obbligate a seguire la sentenza vescovile. Questo è il significato delle parole *praecunte tamen vincolo compromissi* come JANUS a COSTA ²²⁾ molto giustamente le ha spiegate. Il motivo di questa condizione non era altro che questo che così i vescovi potessero sapere che a loro non spettava giurisdizione alcuna nelle cause civili degli ecclesiastici, e che soltanto il compromesso delle parti gli autorizzava a giudicare tali cause ²³⁾. Per mezzo di questa costituzione i vescovi stessi anche nelle loro proprie cause non dovevano avere alcun vantaggio, ed in quanto la controversia non si riferisse ad una quistione religiosa dovevano sottomettersi ai tribunali civili ²⁴⁾. Quanto fino a qui la cognizione dei vescovi nelle cause

²²⁾ *Commentar. in decretal. GREGORII IX*, lib. II tit. I cap. 4 pag. 286 seg.

²³⁾ HEBENSTREIT, *Historia iurisdic. ecclesiast. Diss.* II § 20.

²⁴⁾ Secondo una certa costituzione dell'imperatore COSTANZIO dell'anno 355. L. 12 Cod. *Theod. de Episcop. et Cleric.* era veramente proibito di chiamare i vescovi dinanzi ai tribunali secolari: *ne, dum ad futura ipsorum beneficio impunitas aestimatur, libera sit, ad arguendos eos animis furialibus copia.* — Soltanto i vescovi della provincia dovevano prender cognizione della causa al Sinodo e giudicarla: *ut opportuna atque commoda cunctorum quaestionibus audientia commodetur.* Ma con ciò non si può dimostrare che i vescovi già fossero esenti da ogni giurisdizione secolare, come anche ha osservato Jac. GOTHOFREDUS in *Commentar. ad Cod. Theod.* tom. VI pag. 43. Sembra che questa legge si riferisca principalmente alle controversie d'allora fra la parte ariana e l'anastasiana, di cui l'imperatore COSTANZIO favoriva la prima, e riguardi quindi soltanto cause ecclesiastiche. Vedi Jos. BRIGHAMI, *Origines sive Antiquit. eccles.* vol. II lib. V cap. II § 6. Di altra opinione è Ian. a COSTA in *Comment. ad Deoretales* p. 283. Tuttavia il giudizio che appunto l'imperatore COSTANZIO fece tenere nella sua Corte (*in palatio*) intorno al vescovo STEFANO di Antiochia nell'anno 348 pei gravi delitti da lui commessi, di cui THEODORETUS, lib. I cap. 9 e 10 dà piena notizia, contraddice a questa opinione. *Non enim credibile est, dice Casp. ZIEGLER in Commentar. de Episcopis* lib. III cap. 30 § 44 molto giustamente, *COSTANTIUM postea suam ita mutasse sententiam, ut etiam in atrocissimis delictis, praeser-*

civili degli ecclesiastici era limitata, altrettanto notabilmente cambiò la scena sotto i successivi imperatori. L'imperatore MARCIANO ordinò anzitutto a favore degli ecclesiastici costantinopolitani nell'anno 456 ch'essi non potessero essere convenuti presso alcun altro giudice, dal vescovo ovvero dal *praefectus praetorio* infuori, a scelta dell'attore²⁵). Tutti i rimanenti ecclesiastici fuori di Costantinopoli dovevano veramente, secondo una certa costituzione degli imperatori LEONE e ANTEMIO²⁶) essere sottoposti nelle cause civili ai rettori e governatori delle provincie. Sembra tuttavia che almeno il chiericato in Roma in ciò non sia per niente rimasto indietro a quello di Costantinopoli, come BINGHAM²⁷), in base ad un passo di SOCRATE²⁸), ha dimostrato con molta probabilità. Nulladimeno la giurisdizione del vescovo non estendevasi allora tanto che senza permesso del medesimo alcuno non avesse potuto convenire un ecclesiastico dinanzi ad un giudice laico. GRAZIANO introduce veramente nel suo decreto²⁹) un certo canone di un concilio Agatense³⁰) da cui sembra apparire il contrario. Ma riguardo a questo canone, come a molti altri, nel decreto di GRAZIANO, è avvenuto che gli fu

tim si per quaestiones res indaganda esset, Episcopis a iudiciis suis vellet eximere. Anche il Concilio generale tenuto a Costantinopoli nell'anno 381 rimanda espressamente ai sinodi provinciali soltanto i casi in cui sia da procedere contro vescovi imputati di delitti ecclesiastici. Vedi JUSTELLI, *Biblioth. iuris can. veteris* pag. 56 num. VI e ZIEGLER, l. c. § 50.

²⁵) L. 25 Cod. *de Episcop. et Oleric.* [1 4]. L. 13 Cod. *de Episcop. audient.* [1 4] — VOET, *Commentar. ad Pand. h. t.* § 110.

²⁶) L. 33. Cod. *Iust. de Episcop. et cleric.*

²⁷) *Origines seu antiquitat. eccles.* vol. II lib. V cap. II § 12 pag. 224.

²⁸) *Hist. eccles.* lib. IV cap. 29.

²⁹) *Can. 17 Caus. XI Qu. 1. Olericum nullus praesumat apud secularem iudicem, episcopo non permittente, pulsare: sed si pulsatus fuerit, non respondeat, vel proponat: nec audeat criminale negotium in seculari iudicio proponere.*

³⁰) Questo è appunto quel concilio che l'anno 506 fu tenuto ad Agde nella provincia di Linguadoca col permesso del re visigoto ALARICO, sotto la cui signoria era allora una parte della Gallia. Vedi *Natal. ALEXANDRI, Historia eccles.* tom. X Saec. VI cap. V art. I pag. 102 (edit. *Bingens.* 1787,4) e *Crist. Wilh. Franz WALCHS, Entwurf einer vollständigen Historie der Kircherversammlungen* vol. III primo punto principale, sez. I § 6 pag. 349.

³¹) *Concil. Galliae* tom. pag. 161.

ascritto un significato intieramente falso. Secondo ciò che il canone significa nelle genuine collezioni dei concilii in SIRMOND³¹⁾ e LABBAEUS³²⁾, non deve un ecclesiastico senza permesso del giudice, convenire alcuno presso il giudice secolare, perchè non è bene compatibile con la missione e lo stato degli ecclesiastici il suscitare processi davanti ai tribunali ecclesiastici. Ma se un ecclesiastico sia convenuto davanti al giudice secolare, deve presentarsi senza indugio ed essere obbligato a dare ragione³³⁾. Appunto ciò fu confermato poi ancora una volta dal concilio di Epaon nell'anno 517³⁴⁾. Appare tuttavia da un confronto dei concilii, tenuti prima di GIUSTINIANO, così in Oriente come in Occidente, che i santi padri sempre ritennero come dovere che gli ecclesiastici, almeno nelle controversie fra loro, anche senza speciale compromesso, si facessero giudicare dal loro vescovo³⁵⁾; o che essendo impegnati in una controversia con laici non dovessero almeno, senza cognizione e permesso del vescovo, andare dinanzi ai tribunali secolari. Se in vero i vescovi non potevano ricusare il loro permesso agli ecclesiastici, quando essi preferissero litigare dinanzi a giudici secolari, tuttavia importava sempre molto ad essi di sapere qual fosse l'oggetto della con-

³²⁾ *Concilior. general.* tom. IV pag. 1388.

³³⁾ Le parole sono queste: *Olericum ne quemquam praesumat apud saecularem iudicem Episcopo non permittente pulsare; sed si pulsatus fuerit, respondeat, non proponat*, (cioè non deve promuovere un'altra azione) *nec audeat criminale negotium in iudicio saeculari proponere*. La falsificazione di questo canone in GRAZIANO fu già biasimata da Natal. ALEXANDER in *Histor. eccles.* c. I. pag. 104. — Zeg. Bern. van ESPEN in *Iure Eccles. univ.* parte III tit. I cap. V § 7 e 8 (*Oper.* tom. IV pag. 10, edit. Venet. 1781 fol.). — Franc. FLORENS in *Commentar. ad Caus. XI quaest.* I tom. II *Oper. iuridic.* pag. 12 e *Car. Seb.* BERARDUS in *Gratiani canones* parte I cap. XXIII pag. 249.

³⁴⁾ *Can. 11* che in *Phil. LABBAEI, Concil.* tom. IV pag. 1577 suona così: *Clerici sine ordinatione Episcopi sui adire vel interpellare publicum non praesumant; sed si pulsati fuerint, sequi ad saeculare iudicium non morentur*.

³⁵⁾ BINGHAM in *Origines eccles.* vol. II lib. V cap. I § 4 pag. 207 seg., ha dimostrato ciò egregiamente con molti concilii. Si veda pure van ESPEN, *Ius. eccles. univ.* parte III tit. I cap. IV §§ 4-11. — FLORENTIS, *Commentar.* cit. tom. II. *Oper.* pag. 10 seg. e Lud. THOMASSINUS, *de veteri et nova Ecclesiae disciplina* parte I cap. 42 § 15, ovvero secondo la nuova edizione di Magonza del 1787 parte II lib. III cap. 102 pag. 706.

troversia affinchè una causa ecclesiastica o di religione non fosse portata dinanzi ad un giudice secolare ³⁶⁾).

Fa epoca principale il governo dell'imperatore GIUSTINIANO. Mediante le sue costituzioni, i vescovi doventarono finalmente i giudici ordinari degli ecclesiastici anche nelle cause civili di questi ³⁷⁾. Dapprima veramente egli volle soltanto che dovesse dipendere dalla scelta dell'attore se a lui piacesse promuovere la sua azione contro l'ecclesiastico presso il vescovo o presso il giudice secolare. Solo quando la controversia riguardasse una causa ecclesiastica, il vescovo doveva essere l'unico giudice competente ³⁸⁾. Ma finalmente nelle sue novelle ³⁹⁾ a) egli a preghiera del patriarca MENNA di Costantinopoli concesse all'intero ordine degli ecclesiastici il privilegio, da lui primieramente ⁴⁰⁾ concesso soltanto ai monaci e alle monache, che, senza distinzione di cause, fossero ecclesiastiche o civili, dovessero essere convenuti dinanzi al loro vescovo. Nulla di meno nelle cause civili

³⁶⁾ *Casp. ZIEGLER, Commentar. de Episcopis* lib. III cap. 30 §§ 64, 65 e 66.

³⁷⁾ THOMASSINUS, *de veteri et nova Ecclesiae disciplina* parte III lib. II c. 58 e 59 ovvero parte II lib. III cap. 103 e 104, secondo la nuova edizione di Magonza. — *Ian. a COSTA, Commentar. ad Decretal.* pag. 290 seg. — *van ESPEN, Ius. Eccles. univ.* parte III, tit. I cap. 4 §§ 13-19. — *Franc. FLORENS in Commentar. ad Caus. XI quaest. I Gratiani. Operum iuridic.* tom. II pagina 40 seg. e VOET, *Comment. ad Pandect.* h. t. § 110.

³⁸⁾ L. 29 Cod. *de Episcop. audient.* [14].

³⁹⁾ *Nov. 83 [Zach. 66]* e *Nov. 123 [Zach. 155]* cap. 8 21 22 e 23.

⁴⁰⁾ *Nov. 79 [Zach. 118]*.

a) Queste novelle sono della più grande importanza nella storia del fôro ecclesiastico privilegiato e furono per lungo tempo le norme fondamentali di esso nel diritto greco-romano. Consultiamo infatti i Basilici. La *Nov. 83* manca ivi (cfr. BIENER, *Gesch. der Novellen*, p. 135). Il FABBROT, *ad Basil.* III, 1, 40 tomo I p. 136 cita in margine questa Novella; ma il passo è tolto dalla *Nov. 123 c. 27*. — BIENER, l. c. pagine 455, 447, HEIMBACH, *Manuale Basilic.* (tomo VII della sua ed. dei *Bas.*) pagina 424 nota h.

Invece la *Nov. 123 c. 21* si trova esattamente riferita nei *Bas.* III, 1, 37 (HEIMBACH, I p. 96, cfr. anche il suo *Manuale* p. 428). Ora, come giustamente osserva lo ZACHARIAE v. LINGENTHAL, *Gesch. des griech. römisch. Rechts*, p. 357, questo è il diritto vigente secondo i Basilici, ove niente altro trovasi, neppure la costituzione di ERACLIO cui alludesi nel testo. È vero però che i canonisti dell'ultimo periodo consideravano come vigente la Novella di ERACLIO e la disposizione dell'EPANAGOGE, XI, 11, 14 che sottrae ai giudici secolari i delitti degli ecclesiastici, eccetto quello di alto tradimento.

doveva rimanere l'appello della sentenza del vescovo all'ordinario giudice del luogo per quella parte che si ritenesse gravata dalla medesima. Se pertanto in una più esatta indagine la sentenza del vescovo era trovata conforme alle norme giuridiche e alle circostanze della causa doveva essere eseguita senza ulteriore appello; al contrario in caso che si avesse un giudicato che la riformasse doveva aver luogo un secondo ed ultimo appello al prossimo tribunale superiore secolare ⁴¹). GIUSTINIANO, mediante questo privilegio, non volle ancora esimere gli ecclesiastici da ogni giurisdizione secolare come appare da questo che l'Imperatore permise all'attore di adire il giudice secolare quando il vescovo o non potesse prendere ad esaminare la causa, poichè la cognizione o decisione di essa collegavasi con molte difficoltà e prolissità, oppure ritardasse indebitamente la decisione ⁴²). Invero le cause degli ecclesiastici dovevano essere definite

41) Nov. 123 cap. 21: *Si quis* (secondo HOMBERGK) *contra clericum quandam, aut monachum, aut diaconissam, aut monacham, aut ascetiam quandam actionem habeat, prius sanctissimum Episcopum, cui quilibet eorum subiectus est adeat, hic autem causam inter illos diiudicet. Ac siquidem utraque pars iudicatis acquiescat, jubemus, ut haec per iudicem illius loci plenae executioni tradantur. Si quis autem ex litigantibus intra decem dies sententiae contra dicat, tunc loci magistratus causam cognoscat. Et si sententiam recte latam reperiat, decreto suo eam confirmet, et sententiam exequatur, neque victo liceat iterum in causa illa appellare. Verum si sententiae magistratus contrarietur illis, quae a Dio amantissimo Episcopo iudicata sunt: tunc appellatio contra sententiam magistratus locum habeat, eaque secundum legum ordinem deferatur et peragatur.* Questo passo falsificato dalle lettere di GREGORIO trovasi nel Decreto di GRAZIANO *Can. 38 Caus. XI Qu. I* come anche ha osservato *Iust. Henr. BOEHMER in Edit. Corp. iur. canon. ad h. can.* Si veda pure FLORENTIS, *Commentar. ad caus. XI quaest. I tom. II. Operum iuridic.* pag. 41 seg.

42) Nov. 83. Praef. § 1: *Si vel propter causae naturam vel difficultatem forte aliquam Deo amicissimus Episcopus negotium decidere non potuerit, tunc liceat civiles etiam magistratus adire, omnibusque privilegiis servatis, quae religiosissimis clericis sacrae constitutiones praebent, et litigare et finem liti imponere, et a negotiis illis liberari. Olarissimi vero iudices secundum leges nostras cum omni alacritate et celeritate lites decidere festinent, ne illi per eiusmodi causas a sacris actionibus avocentur, et cum Deo supplicare, quaeque sacerdotes decent, agere oporteat, in iudiciis et turbis, quae ibi sunt, ac perturbatione, quae in litigantium animis existit, detineantur.* — Nov. 123 cap. 21 § 2: *Si quis in pecuniaria causa contra aliquem ex dictis personis actionem quandam habeat, et Episcopus inter eos iudicare differat, liceat actori civilem magistratum adire.*

il più celermente possibile senza tutte le formalità procedurali. Nelle cause criminali degli ecclesiastici la cognizione deve spettare al vescovo quando l'azione sia promossa presso di lui, e se egli trova colpevole l'ecclesiastico querelato, deve destituirlo e degradarlo e quindi consegnarlo al giudice secolare per la condanna penale. Se l'attore si fosse tosto rivolto al giudice secolare, il che nelle cause criminali gli è concesso, e il *praefectus praetorio* o il preside della provincia (poichè per analogia delle precedenti leggi, solo questi possono esser riguardati come competenti giudici secolari, secondo che anche JANUS a COSTA ha già osservato⁴³)) trovano colpevole il querelato, deve questi anzitutto esser destituito o degradato dal vescovo prima che il giudice secolare possa condannarlo⁴⁴). Riguardo al fòro dei vescovi stessi GIUSTINIANO ordinò particolarmente che non fosse lecito convenire, sia in una causa civile sia in una criminale, alcun vescovo contro sua volontà davanti ad un giudice secolare senza permesso dell'Imperatore; nelle cause dei vescovi, sieno ecclesiastiche o secolari, deve decidere in prima istanza il metropolitano, in seconda il patriarca della diocesi. Se invece è chiamato in giudizio un metropolitano, la cognizione della causa deve spettare al patriarca⁴⁵). ERAOLIO, che nell'anno 610 salì il trono imperiale d'Oriente,

⁴³) *Commentar. ad Decretal.* lib. II tit. I pag. 293.

⁴⁴) Nov. 123 cap. 21 § 1: *Si crimen sit, cuius nomine quis ex dictis religiosissimis personis defertur, siquidem apud Episcopum accusetur, et ipse veritatem invenire possit, eum honore seu gradu secundum regulas ecclesiasticas deiciat, et tunc iudex competens eum comprehendat, ac secundum leges causam examinet, eique finem imponat. Si accusator prius civilem iudicem adeat, et crimen per legitimum examen probari possit, tunc Episcopo loci acta manifestet: et si ex illis proposita eum crimina commisisse cognoscatur, tunc ipse Episcopus secundum canones honore seu gradu, quem habet, eum privet, iudex autem poenam legibus congruentem illi inferat.*

⁴⁵) Nov. 123 cap. 8: *Sed nec ob pecuniariam vel criminalem quandam causam Episcopum invitum ad civilem vel militarem magistratum perducere aut sisti, sine imperiali iussione permittimus.* Cap. 22: *Si quidam ex santissimis Episcopis eiusdem Synodi controversiam inter se habeant, sive de iure ecclesiastico, sive de aliis quibusdam rebus, Metropolitanus eorum cum duobus aliis Synodi suae Episcopis causam decidat. Et si utraque pars, quae iudicata sunt, rata non habuerit, tum beatissimus illius dioeceseos Patriarcha inter illos cognoscat, eaque definat, quae cum ecclesiasticis canonibus et legibus conveniunt, et neutra pars sententiae contradicat. Si a clerico vel alio quocunque interpellatio propter quaecumque causam contra Episcopum fiat, sanctissimus*

allargò il privilegio degli ecclesiastici in tal guisa che nelle cause civili dei medesimi il vescovo non doveva giudicare soltanto in prima istanza ed eseguire la sentenza stessa; ma nell'altra istanza pure, quando contro la sentenza del vescovo fosse stato sollevato un appello, la causa doveva spettare al superiore giudice ecclesiastico, cioè al metropolitano o, quando questi avesse giudicato in prima istanza, al patriarca. Tuttavia fu lasciata libertà alle parti, qualora lo avessero preferito, di rivolgersi anche al *praefectus praetorio* ⁴⁶⁾. Con quale considerazione però i Greci trattassero specialmente i vescovi, ce lo insegna FOZIO nel suo Nomocanone ⁴⁷⁾. Nessun giudice secolare doveva osare di arrogarsi giurisdizione sopra di loro in cause civili o criminali, se non lo autorizzasse a ciò un apposito ordine imperiale. Soltanto il sinodo poteva giudicare il vescovo. Tuttavia quanto poco già verso la fine del secolo duodecimo in Oriente si ponesse mente a questo privilegio, anzi quanto poco agli stessi ecclesiastici importasse la sua conservazione, apparisce dai lamenti di BALSAMONE ⁴⁸⁾. Tanto più invece in Occidente si pensava alla conservazione ed ampliamento di questo privilegio, come *Lodovico CHOMASSIN* ⁴⁹⁾ con le costituzioni dei reggenti, gli atti dei concilii, le decretali dei papi ed altre testimonianze di credibili scrittori, ha dimostrato con meravigliosa dottrina. In Italia si prendeva regola da principio dalle leggi di GIUSTINIANO. Nulladimeno anche il vescovo traeva le cause reali degli ecclesiastici davanti al suo tribunale in quanto la controversia sorgesse fra ecclesiastici stessi, come apparisce dalle lettere

eorum Metropolitanus secundum sacros canones et leges nostras causam diiudicet: et si quis iudicatis contradicat, ad beatissimum Patriarcham illius dioeceseos res deferatur, atque ille secundum canones et leges eam deciderat.

⁴⁶⁾ Questa costituzione trovasi completa in *Io. LEUNCLAVIUS, Ius. Graec. Rom.* tom. I pag. 73 seg. e in *Guil. VOELLI e Henr. JUSTELLI, Bibliotheca iuris. canonici veteris* (Lutet. Parisior. 1661 f.). tom. II pag. 1361 seg. Dettagliatamente è spiegata da *Ian. a COSTA, Commentar. ad Decretal.* pag. 295 seg.

⁴⁷⁾ Tit. IX cap. 2 in *Biblioth. iur. can. vet.* tom. II pag. 963.

⁴⁸⁾ *Comment. ad can. 15 Concil. Carthag. I.* Si veda THOMASSINUS *de vet. et nova Ecclesiae disciplina* parte III lib. II cap. 66 § 9 (ovvero parte II lib. III cap. 109 § 9 pag. 759 secondo la nuova edizione di Magonza).

⁴⁹⁾ *Vetus et nova Eccles. disciplina* parte II lib. III cap. 104-114 secondo l'edizione di Magonza, nella quale sono riuniti tutti i capitoli appartenenti a questa materia, che nella edizione originale sono in diversi luoghi.

del vescovo Gregorio magno ⁵⁰). Soltanto quando la controversia fosse sorta da laici se ne rilasciava la decisione al giudice secolare ⁵¹). In Gallia invece già verso la fine del sesto secolo i vescovi davano mano alacremenente ad una incondizionata esenzione degli ecclesiastici dalla giurisdizione secolare ^a). Lo stato allora straordinariamente confuso dell'impero franco e le molte interne guerre, che tra i reggitori del medesimo furon condotte e che i vescovi a lor profitto cercavano di mantenere, offrivano ai medesimi la migliore occasione per raggiungere il loro scopo ⁵²). Essi stessi eransi perciò nelle cause personali civili e criminali quasi interamente affrancati dalla giurisdizione secolare ⁵³). Anche in casi in cui essi fossero querelati per offesa maestà

⁵⁰) Lib. VI *Epist.* 36 et VII 15.

⁵¹) THOMASSINUS, parte II lib. III cap. 104 § 17. Molte altre testimonianze dalle lettere di CASSIODORO trovansi in *Nat. ALEXANDRI, Histor. ecclesiast.* tom. X cap. VI art. VII pag. 196.

⁵²) Si veda specialmente ZIEGLER, *Commentar. de Episcopis* lib. III cap. 30 §§ 81 e 82.

⁵³) Notevole è il can. 9 del Concilio tenuto a Macon nell'anno 585 sotto il re GUNTRAMNO, che è del seguente tenore: *Licet reverendissimi canones atque sacratissimae leges de episcopali audientia in ipso pene Christianitatis principio sententiam protulerint; tamen quoniam, eadem postposita, humana in Sacerdotes Dei grassatur temeritas, ita ut eos de atris venerabilium Ecclesiarum violenter abstractos, ergastulis publicis addicant, censemus, ut Episcopum nullus saecularium fascibus praeditus iure suo contumaciter et perperam agens, de sancta Ecclesia, cui praest trahere audeat. Sed si quid contentionis adversus Episcopum potentior persona habuerit, pergat ad metropolitanum episcopum, et ei causas alleget, et ipsius sit potestatis honorabiliter Episcopum, de quo agitur, evocare, ut in eius praesentia accusatori respondeat, et oppositas sibi actiones extricet. Quodsi talis fuerit immanitas causae, ut eam solus Metropolitanus definire non valeat, advocet secum unum vel duos Coepiscopos. Quodsi et ipsis dubietas fuerit, Conciliabulum definito die vel tempore instituant, in quo universa rite collecta fraternitus Coepiscopi sui causas discutiat, et pro merito aut iustificet aut culpset. Hoc decretum a nobis praefixum qui fuerit audacter transgressus, iam ipse, quam omnes, qui ei consenserit, usque ad generale Concilium anathemate et Ecclesia separentur.* V. SIMMOND, *Concilia Galliae* tom. pag. 381 seg.

a) Cfr. DOVE, *De iurisdic. eccles. apud Germanos Galloaque progressu* (Berlin, 1885) e specialmente il magistrale lavoro del SOHM, *Die geistliche Gerichtsbarkeit im fränkischen Reiche* (*Zeitschr. f. kan. Recht* (1870) IX pagine 193 seg.) e lo scritto, meno importante dopo il citato, del BEAUCHET, *Origines de la jurid. ecclesiast. et son développ. en France* (*Nouv. Rev. hist. de droit fr. et étr.* (1883) VII pagine 387 seg.). Si aggiunga ora ai cit. NISSEL, *Der Gerichtstand des Clerus im fränkischen Reiche* (Innsbruck, 1886).

o per turbamento della quiete pubblica i re non ardivano di pronunciare una sentenza sopra di loro, ma la rilasciavano alle riunioni dei vescovi⁵⁴). Soltanto allorchè il concilio avesse depresso il colpevole curavano talora di ordinare il suo esilio dal paese⁵⁵). Al contrario nelle cause riguardanti i loro propri beni, o quelli della Chiesa, erano sottoposti al re e quando fossero convenuti, dovevano comparire dinanzi al regio tribunale di Corte⁵⁶). Tuttavia riguardo ai rimanenti ecclesiastici in diversi concilii tenuti a Orleans, ad Auxeres, a Macon, a Parigi⁵⁷), fu fatta la legge: che alcun giudice secolare, sotto pena di scomunica, non dovesse ardire di chiamare dinanzi al suo tribunale e giudicare un prete, un diacono o anche altro inferiore ecclesiastico, senza preiscienza e permissione del suo vescovo⁵⁸). Quantunque re CLOTARIO II fosse poco soddisfatto di tale incondizionata esenzione degli ecclesiastici dalla giurisdizione secolare, fino allora inaudita in Gallia, e modificasse quindi in varia guisa quella conclusione dei concilii nel suo editto dell'anno 615, specialmente riguardo alle cause criminali⁵⁹), fu tuttavia la mede-

Già nei più antichi concilii gallicani, come a quello di Arles dell'anno 444 e a quello di Orleans dell'anno 538, era stato ingiunto agli ecclesiastici che se avessero lagnanze contro i vescovi, dovessero promuovere le loro azioni presso il concilio provinciale. V. *de MARCA, de concordia Sacerdotii et Imperii* lib. VI cap. 14 § 5.

⁵⁴) V. *Mich. Ignaz. SCHMIDT, Geschichte der Deutschen* parte I libro 2 cap. 4 p. 252 (secondo la edizione di Ulma 1778).

⁵⁵) Un esempio trovasi in GREGORIUS TURONENSIS lib. V cap. 19.

⁵⁶) MARCULF, *Formul.* lib. I form. 26. — MURATORI, *Storia d'Italia* (ediz. tedesca) pag. 633.

⁵⁷) THOMASSINUS reca testualmente tutti questi concilii parte II lib. III cap. 105 § 2-5 secondo l'edizione di Magonza (parte II lib. II c.p. 60 secondo l'edizione originale). Si veda pure *Nat. ALEXANDRI, Histor. Eccles.* tom. X cap. VI art. VII pag. 195 seg. e specialmente FLORENTIS, *Commentar. ad Caus. XI quaest.* 1 tom. II *Operum iurid.* pag. 12 seg.

⁵⁸) Nel Decreto di GRAZIANO questo canone trovasi indicato, senza citazione di fonti, col solo nome *Palaea, c. 2 Caus. XI qu. 1*. Si veda BERARDUS in *Gratiani canones* parte I cap. 31 pag. 284.

⁵⁹) Cap. 4: *Ut nullus iudicium de quolibet ordine Olericos de civilibus causis, praeter criminalia negotia, per se distingere aut damnare praesumat, nisi convincitur manifestus: excepto presbytero aut diacono. Qui vero convicti fuerint de crimine capituli, iuxta canones distringantur, et cum Pontificibus examinentur.* HEINECCI, *Corpus iur. german.* pag. 481. Intorno al significato di

sima di nuovo ristabilita posteriormente al concilio di Rheims dell'anno 625 o secondo altri 630 ⁶⁰⁾ a). Particolarmente l'imperatore CARLOMAGNO favorì la giurisdizione vescovile tanto quanto egli aumentò la considerazione dei vescovi ⁶¹⁾. Quindi la interpolata costituzione dell'imperatore COSTANTINO sopra ricordata ⁶²⁾ non solo fu accolta da lui nei suoi capitolari ⁶³⁾ ma egli rinnovò pure le dispo-

questo oscuro editto si confronti THOMASSINUS *de vet et nov. Eccles. disciplina* parte II lib. III. cap. 105 § 4 e 5 pag. 728 seg. edit. Mogunt. — *Pet. de MARCA, de concordia sacerdotii et imperii* lib. VI cap. 22 § 7 pag. 909 e *Franc. FLORENTIS, Commentar. ad caus. XI quaest. I Gratiani* tom. II. *Oper. iuridic.* pag. 14 seg.

⁶⁰⁾ FLODOARD, *Histor. Eccles. Rhem.* lib. II c 3. — *Nat. ALEXANDRI, Histor. eccles.* tom X pag. 349 (edit. *Bingens.* 1787) e ZIEGLER, *Comment. de Episcopis* lib. III cap. 30 § 88.

⁶¹⁾ ZIEGLER, l. c. § 91 e 92.

⁶²⁾ Vedi sopra, nota 11 a questo paragrafo.

⁶³⁾ *Capitular.* lib. VI cap. 366 in HEINECCIUS, *Corp. iur. german.* pag. 1585. — SCHMIDTS *Geschichte der Deutschen* parte I pag. 577 seg. In un altro luogo dei capitolari lib. V cap. 387 sembra veramente che sia proibito ai laici di rivolgersi al vescovo per le cause civili, trascurando il giudice secolare. *In civitatibus, dicesi ivi, in quibus Praesides praesunt, ipsi audiant causas seu et defensores. Qui autem Episcopum vel sacerdotem aut clericos iudicare sibi maluerint, hoc quoque fieri non permittimus.* In HEINECCIUS, pag. 1509. Ma già l'avverbio *quoque* mostra che la lezione è difettosa e che invece di *non* si deve piuttosto leggere *nos*, come giustamente ha osservato anche THOMASSINUS, parte II lib. III cap. 107 § 4 pag. 741 edit. Mogunt. Anche GRAZIANO reca nel suo Decreto *can. 37 caus. XI qu. 1* quel cap. 366 di CARLOMAGNO e papa INNOCENZO III seppe particolarmente giovare per palliare il suo illegittimo procedimento contro il re FILIPPO AUGUSTO di Francia, cap. 13 X *de iudic. V. Casp. ZIEGLER, Praelect. in Decretales* pag. 59 seg. e dello stesso *de Episcopis* l. c. § 93. Malgrado ciò la genuità di quel capit. fu contestata con motivi non irrilevanti da *Ant. AUGUSTINUS, de emendatione Gratiani* lib. II dialog. II e specialmente da *Cur. Seb. BERARDUS in Gratiani canones* parte I cap. XLVI pag. 360 seg. [In PERTZ, *M. G. H. Leg.* II p. 69 quel capo è tra i *Benedicti capitula* I. 387 con la lezione *non* e la nota a questa parola *deest in Juliano.* Il trad.].

a) I singoli punti di questa esposizione che il GLÜCK, assai diligentemente pe' suoi tempi, fa della giurisdizione ecclesiastica nell'impero franco sono stati pazientemente ripresi in esame e discussi dagli odierni storici del diritto.

Qual'è la vera portata delle deliberazioni del Concilio di Parigi (614) e di quelle di CLOTARIO (615)? Erano considerate come capitali per l'affermazione di una giurisdizione speciale del vescovo o di un giudizio misto. Questa era un'opinione assai diffusa sino ai nostri giorni. (Cfr. UNGER, *Die altdeutsche Gerichtsverf. ass.* pag. 388,

sizioni dei concilii gallicani ⁶⁴). Secondo i capitolari di questo imperatore il vescovo soltanto deve decidere le controversie degli ecclesiastici fra loro ⁶⁵) e giudicare anche le loro cause criminali ⁶⁶). Nessun altro giudice, sotto pena di scomunica, deve osare di chiamare davanti al suo fôro e di giudicare un ecclesiastico senza che il suo vescovo lo sappia ⁶⁷) Quando invece un ecclesiastico ed un laico sono in lite tra loro, debbono deciderla insieme il vescovo ed il giudice secolare (*comes*) ⁶⁸). Per ciò che riguarda le liti dei vescovi tra loro, debbono essere risolte dal concilio provinciale ⁶⁹). Questo deve essere pure il fôro competente del vescovo quando egli delinque; ma per la condanna di un vescovo si richiede una riunione di

⁶⁴) *Capitular. de A.* 769 c. 17 *apud* HEINECCIUM pag. 540 e *Capitular.* lib. VI cap. 156 et 164 *apud* HEINECCIUM pagine 1540 e 1542. Si veda pure THOMASSINUS, parte II lib. III cap. 108 § 1 pag. 747 edit. Mogunt.

⁶⁵) *Capitular. Aquisgran. sive Ospit.* I anni DCCLXXXIX c. 27 *apud* HEINECCIUM pag. 558 et lib. I *Capitular.* cap. 28 presso lo stesso pag. 1293. — SCHMIDT, l. c. pagine 602 e 603.

⁶⁶) *Capitular.* lib. V cap. 77 *apud* HEINECCIUM, pag. 1424 e cap. 378. *Ib.* pag. 1506 e cap. 390. *Ib.* pag. 1509.

⁶⁷) *Capitular.* lib. VII c. 139 pag. 1640 e cap. 422 pag. 1717 e *Addit.* IV cap. 85 pag. 1818.

⁶⁸) *Capitular. Francof.* anni DCCXCIV cap. 28 *apud* HEINECC. pag. 593. — THOMASSINUS, parte II lib. III cap. 108 § 8 pag. 750 edit. Mogunt. e *Pet. de MARCA de concordia sacerdotii et imperii* lib. VI cap. 14 § 6.

⁶⁹) *Capitular.* lib. VI cap. 309. HEINECC. pag. 1574.

DOVE, o. c. p. 33) e già sostenuta dal THOMASSINUS e dal DE MARCA, consultati dal GLÜCK.

Il SOHM, l. c. si oppose all'idea della giurisdizione mista sostenendo che invece la Chiesa voleva escludere l'autorità laica; ecclesiastici e laici avrebbero dovuto promuovere le loro azioni contro ecclesiastici dinanzi al vescovo. Riguardo alle cause penali CLOTARIO II, avrebbe esteso agli ecclesiastici il privilegio, spettante fino dal secolo VI ai vescovi, che soltanto il tribunale ecclesiastico potesse pronunciare una sentenza contro di loro. Il giudice secolare avrebbe iniziato la procedura e, consegnando l'ecclesiastico al vescovo, avrebbe avuto facoltà di chiederne la punizione secondo i canoni.

Contro queste asserzioni del SOHM è da vedere ciò che hanno scritto il LÖKNING, *Gesch. des Kirchenrechts*, II p. 528 e il SALVIOLI, *Le giurisd. speciali*, I pagine 85-87. Il quale conclude che al tempo dei Merovingi nelle cause civili e criminali gli ecclesiastici non sarebbero stati soggetti alla giurisdizione ecclesiastica o ad una mista, ma esclusivamente alla pubblica. La Chiesa giudicava e puniva, ma *secundum canones*: ciò costituiva un procedimento disciplinare, non riconosciuto dal diritto pubblico. Ciò non toglie, come osserva anche il SALVIOLI stesso, che la Chiesa cercasse sempre di sottrarsi presso i Franchi al fôro ordinario.

almeno dodici vescovi ⁷⁰⁾. Finalmente quando un vescovo voleva convenire il suo proprio od altro metropolitano, l'azione doveva essere deferita al papa a Roma ⁷¹⁾. Ad esso aveva pure facoltà di appellare il vescovo che si credeva gravato dalla sentenza del concilio ⁷²⁾. Quanto poco però sia stata intenzione dell'imperatore di rinunciare così ad ogni giurisdizione sopra i vescovi ed altri ecclesiastici apparisce non soltanto da questo che egli se la riservò espressamente nelle liti dei vescovi e degli abati fra loro ⁷³⁾; ma anche al concilio generale di Francoforte nell'anno 794 ordinò che quando il vescovo o il metropolitano non potessero decidere una lite, le parti dovessero ricorrere a lui ⁷⁴⁾. Simile immunità riguardo alla giurisdizione secolare avevano pur concesso ai loro ecclesiastici i re RECAREDO di Spagna e ENRICO II d'Inghilterra, quegli al terzo sinodo di Toledo nell'anno 589 ⁷⁵⁾, questi al concilio nazionale di Avranches nell'anno 1172 ⁷⁶⁾. Non può dunque recar meraviglia che papa ALES-

⁷⁰⁾ *Ibid.* cap. 397. THOMASSINUS, l. c. cap. 109 § 2 pag. 754, edit. Mogunt.

⁷¹⁾ *Capitular.* lib. VII cap. 448 *apud* HEINECC. pag. 1729.

⁷²⁾ *Capitular.* lib. VII c. 412 pag. 1716. Contradice a questo il *Capitular. Addit.* IV cap. 24 pag. 1703 secondo il quale alcun vescovo non deve esser condannato fuor che ad un sinodo convocato per autorità papale. Ma questo testo è tolto dagli interpolati capitolari di ADRIANO o ANGILRAMNO. Si veda SPITTLERS *Entdeckung des wahren Verfassers der Angilramnischen Kapitel* nel *Geschichtsforscher* di MEUSEL, parte 4 pag. 92. Nè valeva nella pratica gallicana, come *Petr. de MARCA de concordia sacerdotii et Imperii* lib. II cap. 20 § 9-11 ha persuasivamente dimostrato.

⁷³⁾ CAROLI M., *Capitulare* III anni 812 cap. 2 *apud* HEINECCIUM, pag. 766 seg. *Capitular.* lib. III c. 77 pag. 1363. *Ut Episcopis, Abbates, Comites et potentiores quique, qui causam inter se habuerint, ac se pacificare noluerint, ad nostram iubeantur venire praesentiam.* Si veda pure ZIEGLER, cit. *Commentar. de Episcopis* lib. III cap. 30 § 96 seg.

⁷⁴⁾ HARZHEIM, *Concil. German.* tom. I pag. 325 e *de MARCA de concordia sacerdotii et imperii* lib. VI cap. 14 § 6.

⁷⁵⁾ *Concil. Tolentan.* III can. 13. V. THOMASSINUS, parte II lib. III cap. 106 § 2 pag. 734, edit. Mogunt. e *Nat. ALEXANDRI in Histor. Eccles.* tom. X capitolo V art. 30 pag. 141. Erroneamente ascrive GRAZIANO nel suo Decreto can. 42 *caus. XI qu. 1* questo canone ad un certo concilio milevitano. Già i *correctores romani* osservarono questo errore. La fonte del medesimo è dimostrata tuttavia da BERARDUS in *Gratiani canones* parte I cap. XVI p. 177. I più recenti concilii spagnoli sono citati da THOMASSINUS, l. c. cap. 113 § 5.

⁷⁶⁾ THOMASSINUS, l. c. cap. 112 § 4 pag. 796, edit. Mogunt. parte IV lib. II cap. 91 della edizione originale. Questo privilegio fu confermato appunto

SANDEO III nel terzo concilio tenuto in Laterano il 1179, minacciasse di scomunica i giudici secolari, che avessero ardito di trarre ecclesiastici al loro tribunale⁷⁷⁾. Malgrado ciò, nelle cause criminali gli ecclesiastici non erano ancora esentati dovunque da ogni giurisdizione secolare. Imperocchè in taluni paesi, come, per esempio, in Ungheria e persino in Italia ^{a)} secondo le leggi del luogo erano eccezzuati alcuni delitti la cui cognizione e punizione doveva spettare soltanto ai giudici secolari⁷⁸⁾. Così non era ancora proibito agli ecclesiastici di sottoporsi, mediante volontaria prorogazione, nelle cause civili ad un giudice secolare, consapevole e coscienzaente il vescovo⁷⁹⁾. Affinchè poi anche da questo lato non fosse data occasione al giudice secolare di arrogarsi una giurisdizione sopra gli ecclesiastici, non soltanto ordinò papa LUCIO III in una decretale dell'anno 1160⁸⁰⁾ all'arcivescovo di Gran in Ungheria, che gli ecclesiastici non potessero essere condannati in alcun caso specialmente in materie penali, da altri fuorchè dal giudice ecclesiastico, *etiam si consuetudo regia*

dal suo successore, RICCARDO, secondo la testimonianza di *Matt. PARIS*, ma con l'aggiunta che nei più gravi delitti gli ecclesiastici potessero bensì esser fatti catturare dal giudice secolare, ma dovessero poi esser consegnati al giudice ecclesiastico che ne facesse richiesta. *V. THOMASSINUS*, l. c. § 8 pag. 800 edit. Mogunt.

⁷⁷⁾ *Can. 14: sane, quia laici quidam ecclesiasticas personas et ipsos etiam Episcopos suo iudicio stare compellunt; eos, qui de caetero id praesumserint, a communione fidelium decernimus segregandos.* *THOMASSINUS*, l. c. pag. 796. Fu appunto papa ALESSANDRO III che condusse il re ENRICO di Inghilterra ad abolire la sua costituzione secondo la quale gli ecclesiastici dovevano esser giudicati dal giudice secolare, dinanzi al quale erano stati convenuti e lo decise ad aderire al concilio nazionale di Avranges. Egli scrisse infatti al re, *Epist. 10: Sicut Clerici a viris saecularibus vita et habitu distinguuntur, ita et iudicia clericorum a laicarum iudiciis diversa penitus comprobantur.* *V. van ESPEN*, *Ius. eccles. univ.* parte III tit. III cap. I (§ 21 seg.).

⁷⁸⁾ *Ian. a COSTA*, *Commentar. in deretales* pag. 316.

⁷⁹⁾ Si dice piuttosto in un concilio tenuto ad Orleans nell'anno 541 *can. 20: Si causam habentibus placuerit ire ad iudicium fori ex voluntate communi, permittente Praeposito Ecclesiae, clerico licentia tribuatur.* *V. Ant. Dand. ALTESERRAE Innocentius III* pag. 230, e lo stesso in *Ecclesiasticae iurisdictionis vindiciae adv. Fevretum* lib. III cap. 4 pag. 112.

⁸⁰⁾ *Cap. 8 X de iudic.*

^{a)} Dello svolgimento della giurisdizione ecclesiastica in Italia sarà fatto da me qualche cenno nella nota a pag. 207.

habeat ut fures a iudicibus saecularibus iudicentur: cum imperator, dicat, quod leges non dedignantur sacros canones imitari, in quibus generaliter traditur ut de omni crimine clericus debeat coram ecclesiastico iudice conveniri: non debet in hac parte canonibus ex aliqua consuetudine praecudicium generari; ma dimostrò anche papa INNOCENZIO III all'arcivescovo di Pisa nell'anno 1210 nel decreto a lui diretto ⁸¹⁾ molto energicamente il suo dispiacere perchè egli avesse permesso agli ecclesiastici una proroga così chiaramente contraddittoria alle leggi della Chiesa!! Dichiarò quindi la medesima non permessa nè obbligatoria se anche fosse stata convalidata mediante giuramento, non essendo il fóro privilegiato degli ecclesiastici alcun *beneficium personale, cui renunciari valeat, sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum, cui privatorum pactio derogare non potest* ⁸²⁾. Il più favorevole momento per la immunità degli ecclesiastici fu tuttavia senza dubbio il giorno della incoronazione dell'imperatore FEDERICO II ⁸³⁾. Lo seppe specialmente usufruire papa ONORIO III che indusse l'Imperatore alla straordinaria costituzione che non solo si può trovare nella *Auth. Statuimus Cod. de episcop. et cleric. [1 3]*, ma anche dallo stesso papa ONORIO, per la sua importanza, fu accolta poi nella sua collezione delle Decretali edita dal CIRONIO ⁸⁴⁾. Tale costituzione che l'imperatore FEDERICO II, insieme ad altre molte in favore della chiesa e del clero, pubblicò in Roma il giorno della sua incoronazione l'anno 1220 ⁸⁵⁾,

⁸¹⁾ Cap. 12 X *de foro compet.* Intieramente conforme alla costituzione di papa INNOCENZO III è la conclusione di un certo concilio di Erchester dell'anno 1287, come osserva van ESPEN in *Ius. Eccles. univ.* parte III tit. I cap. IV §§ 27 e 28.

⁸²⁾ Intorno alla importanza di questo motivo di decisione si veda *Casp. ZIEGLER, Praelect. public. in Decretales pag. 97.*

⁸³⁾ Vedasi SCHMIDTS *Geschichte der Deutschen* parte 3 pag. 7-8 secondo l'ed. di Ulma 1779 e *Nat. ALEXANDRI, Histor. eccles.* tom. XV cap. IX art. 2 pag. 501.

⁸⁴⁾ L. II tit. II cap. 2. Questa raccolta di Decretali fu edita primieramente dal CIRONIUS (Tolosae 1645 f.) sotto il titolo *Quinta compilatio epistolarum decretalium HONORII III P. M.* Ne procurò una nuova edizione *Jos. Ant. a RIEGGER*, in base a un ms. della biblioteca imperiale, che apparve a Vienna il 1761 4. Si veda anche *Jos. Ant. a RIEGGER, Diss. de collectione Decretalium HONORII III P. M.* (nei suoi *Opuscul. ad historiam et iurisprud. eccles. pertinent.* Friburgo 1773) § 18.

⁸⁵⁾ Nel proemio dell'editto con cui l'imperatore FEDERICO II pubblicò a Roma le sue costituzioni dicesi: *Ad honorem Dei omnipotentis et Ecclesiae*

suona testualmente così: *Statuimus, ut nullus ecclesiasticam personam in oriminali quaestione vel civili trahere ad iudicium saeculare praesumat contra constitutiones imperiales et canonicas sanctiones. Quodsi fecerit actor a suo iure cadat, iudicatum non teneat, et iudex ex tunc potestate iudicandi privetur.* Quantunque questa autentica dovesse tosto aver vigore soltanto per l'Italia (malgrado che già nelle parole del proemio si dicesse: *per totum imperium nostrum publicandas*⁸⁶), nullameno, avendola l'imperatore fatta aggiungere per desiderio del papa alla collezione giustiniana⁸⁷, fu ricevuta insieme a questa, in Germania⁸⁸. Essa fu in seguito rinnovata sotto papa MARTINO V al concilio di Costnitz nell'anno 1417 ed unita alle conclusioni di questo⁸⁹. Parimente tratto tratto, in molti concilii tedeschi, come a Colonia il 1266,

*Sanctae Dei, die, quo de manu sacratissimi patris nostris HONORII III, summi Pontificis suscepimus imperii diadema, leges edidimus, quas praesenti pagina fecimus annotari. Franc. DUARENUS, de sacris ecclesiae ministeriis ac beneficiis lib. VII cap. 10 pag. 389 (edit. Io. SCHILTERI) osserva essere più che certo (certo certius est) che papa ONORIO III costrinse l'imperatore a far queste costituzioni riguardanti la immunità degli ecclesiastici e delle chiese non solo dalla giurisdizione secolare, ma anche specialmente dai pubblici pesi e tributi (*Auth. Item nulla C. de episcop. et cleric.*), e gli trattenne la corona imperiale fino a che non le ebbe concesse.*

⁸⁶ Si veda Io. Iac. SCHERZ, *Diss. de Authenticarum auctoribus et auctoritate* cap. II pag. 38 (in ZEPERNICK, *Biga libellor. authenticas Codic. repet. praelect. earumque historiam illustrant.* Halae 1788 8) e SILBERRAD, *ad HEINECCI, histor. iur. civ. L. I cap. 6 § 419 nota r pag. 613 (edit. Argentorat. 1765).*

⁸⁷ V. STRAUCH, *Irnerius non errans* cap. II § 2 e Io. SCHILTER, *de libertate Ecclesiarum Germaniae* lib. V cap. IX § 14 pag. 705.

⁸⁸ MALBLANC, *Conspect. rei iudiciar.* § 120. Un'antica traduzione tedesca della costituzione dell'imperatore FEDERICO II trovasi nella nuova raccolta dei decreti dell'impero (*Neue Samml. der Reichsabsch.*) parte I pag. 27, dove al § 4 dicesi: Anche confermiamo noi che alcuna persona ecclesiastica o di quelle addette al servizio della santa Chiesa non possa farsi comparire davanti al tribunale secolare in cause penali (prop. *misstätige Sache*) o di qualsivoglia altro genere. Chi fa ciò, opera contro ogni diritto e legge imperiale. All'attore deve asser respinta la sua azione ed anche il giudice deve essere spogliato immediatamente del suo potere di giudicare.

⁸⁹ HARDUIN, *Concil.* tom. VIII col. 923 seg. — THOMASSINIUS, *de vet. et nova ecclesiae discipl.* parte II lib. III cap. 112 § 10 pag. 802 edit. Mogunt. (Vedi parte IV lib. II cap. 91 della edizione originale) e van ESPEN, *Ius. Eccles. univ.* parte III tit. I cap. IV § 30 e tit. III cap. III § 12.

a Salzburgo il 1420, a Freysingen il 1440, e Magonza il 1549, fu ordinato che niuno, sotto pena di decadenza del processo, si potesse arrogare di convenire un ecclesiastico dinanzi ad un giudice secolare, nè questi di decidere, sotto minaccia di scomunica, cause di un ecclesiastico, ancorchè egli fosse consenziente ⁹⁰). Quando nell'anno 1495 l'imperatore MASSIMILIANO I pubblicò a Worms la pace dell'impero (*Landfried*), ciò gli porse nuova occasione di confermare anche in materie penali il privilegio del fòro ecclesiastico ⁹¹). Ordinò tuttavia espressamente che gli ecclesiastici delinquenti, senza riguardo alla loro condizione, fossero puniti con tutta la severità della legge e minacciò pure la perdita della grazia e della tutela imperiale a quei prelati che avessero lasciato impuniti gli autori del delitto. Malgrado ciò gli ecclesiastici posero innanzi la massima molto dannosa che essi, come ecclesiastici ed in conseguenza del loro privilegio, dovevano essere esenti da ogni pena secolare e sotto l'usbergo di questo commisero quindi le più grandi stravaganze e delitti. Essi furono aiutati in ciò dai superiori ecclesiastici. I quali o li punivano soltanto con pene ecclesiastiche o li lasciavano anche intieramente impuniti, perchè la degradazione, senza cui non poteva essere comminata alcuna pena criminale, era congiunta a troppa pompa e troppe spese ⁹²). Le conseguenze molto dannose di quest'abuso (le quali divennero sempre più nocive per questo che a fine di potere delinquere impunemente era lecito farsi impartire soltanto la tonsura

⁹⁰) THOMASSINIUS, *de vet. et nova Ecclesiae disciplina* parte II lib. III capitolo 113 § 4 pag. 809, edit. Mogunt.

⁹¹) V. *Neue Sammlung der Reichsabsch.* parte II pag. 5 § 8 dove dicesi: *Item se ecclesiastici, il che noi non ci aspettiamo, dovessero agire contro questa nostra pace e nostro comando, i prelati cui senza dubbio spetta l'ordinaria giurisdizione contro di essi debbono, sulla domanda del danneggiato, darsi sollecitamente cura che venga rimosso ed appianato il danno in quanto basta al suo patrimonio e punirli severamente per tale trascorso. Se poi essi indugino e lascino impuniti gli autori del maleficio, gli poniamo, insieme a questi, fuori della nostra grazia e protezione e di quella dell'impero, e come turbatori della pace non vogliamo in alcuna guisa affidarli o proteggerli nella loro contrarietà. Ciò è ripetuto appunto testualmente nella pace dell'impero di Angspurg dell'anno 1548 art. 22. V. la citata *Sammlung der Reichsabsch.* parte II pag. 583.*

⁹²) Si veda *Fried. HORTLEBER, von den Ursachen des teutschen Kriegs* lib. I cap. I num. 56 pag. 14 (Gota 1645).

e che appunto per ciò nella grande esasperazione dei secolari contro il clero facevano temere finalmente una completa ribellione ed una generale sollevazione del popolo) dettero occasione per conseguenza agli stati secolari dell'impero tedesco nelle loro lagnanze ch'essi sollevarono alla dieta di Norimberga nell'anno 1523 contro la cattedra di Roma, d'insistere per una completa abolizione di quella costituzione dell'imperatore FEDERICO II⁹³). Tuttavia siccome non era affatto intenzione di quest'imperatore di rendere indipendenti gli ecclesiastici dalla supremazia dello Stato e delle sue leggi civili mediante la immunità del fòro loro concessa, come apparisce dalle dichiarazioni del medesimo imperatore verso il papa⁹⁴), così per porre un rimedio agli abusi che prendevano piede, dovevasi soltanto ridurre quel privilegio del clero nei limiti che la conservazione del bene pubblico richiedeva. A ciò dette la migliore occasione la riforma della chiesa promossa dalla dottrina e dagli scritti di LUTERO. Infatti mediante il concilio tridentino riguardo al clero cattolico, il privilegio degli ecclesiastici fu limitato in tal guisa che coloro tra questi i quali avessero ricevuto soltanto la tonsura o fossero dell'ordine inferiore, in quanto effettivamente non servissero la chiesa,

⁹³) Nei *Gravamina Nationis Germ. Norimbergensia*. cap. XXI n. XXXIII, in *Iac. Frid. GEORGI in Gravamina advers. sedem Rom.* (Francof. et Lipsia 1725) si dice: *Quapropter necessitas aequitasque ipsa sibi postulant, ut ecclesiasticarum personarum praedicta praesunta privilegia abrogentur, aboleantur, e medioque tollantur; ac illorum gratia finaliter sanciantur, caveatur ac statuatur, quod ordinati, in maioribus vel minoribus constituti, una cum personis laicis aequa habeant iura, aequos iudices, paresque poenas, ita quod ecclesiastici ultra laicos in paribus delictis nullam pretendere possint praerogativam immunitatemve; sed ut quisque delinquentium ecclesiasticorum, sub quo deliquit iudice, ob commissum suum malefictum, secundum delicti qualitatem ac mensuram, non secus ac alii malefactores, poena a iure communi imperii imposita delicto, commensurataque, plecti, puniri et officii possit atque debeat.*

⁹⁴) Quando, per esempio, nell'anno 1239 papa GREGORIO IX lamentavasi, fra le altre cose, coll'imperatore FEDERICO II: *quod clerici capiantur, incarcerationentur, proscribantur et occidantur*; la risposta imperiale fu la seguente: *De captis et incarcerationatis nihil novit, nisi quod per officiales imperatoris aliqui capti sunt, assignandi iuxta qualitatem excessuum iudicio Praelatorum. De proscriptis vero novit, quod obiecto quibusdam crimine laesae maiestatis, aliqui de regno sint proscripti.* V. SCHILTER *de libertate Ecclesiar. Germaniae* lib. V cap. VIII § 15 pag. 706 seg.

non dovessero partecipare al privilegio medesimo ⁹⁵⁾; così particolarmente anche mediante la pace di Vestfalia ⁹⁶⁾ il diritto diocesano dei vescovi cattolici e la intiera loro giurisdizione ecclesiastica di ogni specie sopra gli stati evangelici dell'impero e loro sudditi fu abolito ⁹⁷⁾. Come con poco fondamento si può sostenere che con ciò la giurisdizione ecclesiastica, la quale sino ad allora e da tanti secoli in poi era diventata un annesso del potere ecclesiastico, sia tornata di nuovo ciò ch'era in origine e per sua natura, cioè parte essenziale della sovranità territoriale (poichè piuttosto i principi evangelici mediante un accordo espresso o tacito esercitano come è noto, riguardo ai protestanti, gli aboliti diritti vescovili nella loro qualità di capi delle chiese evangeliche dei loro paesi ⁹⁸⁾); così poco del pari era loro intenzione che per le cause ecclesiastiche evangeliche e riguardo al clero evangelico nelle cause temporali d'ora innanzi dovesse avere luogo soltanto la giurisdizione territoriale secolare, e così riguardo a queste fosse abolito ogni precedente privilegio di un fòro ecclesiastico ⁹⁹⁾. No, la loro intenzione era semplicemente quella di sradicare gli abusi del fòro ecclesiastico mediante l'istituzione di particolari tribunali ecclesiastici sotto il nome di concistori ^{a)}, di migliorare ciò che di miglioramento abbisognava e di prendere quelle disposizioni che richiedeva l'interesse dello Stato e della Chiesa ¹⁰⁰⁾. Veramente i principi secolari cattolici, siccome riguardo a loro il diritto vescovile diocesano non era

⁹⁵⁾ *Sess. XXIII de Reformat.* cap. 6. Vedi van ESPEN, *Ius Eccles. univers.* part. III tit. III cap. 4.

⁹⁶⁾ *Art. V § 48.*

⁹⁷⁾ Si veda qui PÜTTERS, *Geist. des Westphäl. Friedens* pag. 431 seg. e specialmente dello stesso *Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts* vol. 2 pag. 36 seg.

⁹⁸⁾ MAIER, *Teutsches geistliches Staatsrecht* parte 2 cap. 5 § 104 p. 316 seg. — PÜTTERS, *Geist. des W. Fr.* pag. 440 num. X e XI e del medesimo *Erörterungen* parte II pag. 73 seg. e pag. 80 num. XVI.

⁹⁹⁾ MAIER, *von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstand in zeitlichen Sachen* § 29 seg.

¹⁰⁰⁾ *Mart. Gottl. PAULI, Progr. de foro clericorum competente sec. iura Sax. Electoral. novissima* (Viterbergae 1783) pag. 6 seg.

^{a)} Sulla competenza di questi concistori, che non c'interessano direttamente, confronta RICHTER, *Lehrb.* cit. § 211; FRIEDBERG, *Kanonisches Recht* (2.^a ed.) § 102.

in alcun modo abolito, non potevano arrogarsi in qualsiasi guisa una giurisdizione ecclesiastica sopra i loro sudditi, fossero cattolici od evangelici, senza tradire la loro religione e la maestà della gerarchia ¹⁾. Nulladimeno per analogia della pace di Westfalia ²⁾ non poteva loro essere negato il diritto di ridurre nei necessari limiti gl'invalsi abusi del fòro ecclesiastico, affinchè in seguito, come sino ad allora era accaduto, la immunità giurisdizionale degli ecclesiastici non degenerasse in una anarchia e in una scandalosa impunità. A ragione dice quindi il grande *Zeger Bernhard von ESPEN* ³⁾: *Si principes intelligant exemptionem, qua hactenus gavisì sunt Clerici, politico et recto Reipublicae regimini plurimum officere, ipsamque Clericorum a iurisdictione et coercitione Magistratum saecularium exemptionem fore crimina ob eorum impunitatem, atque hanc subministrare incentivum delinquendi; quidni Principes possint et subinde teneantur pro temporum et rerum circumstantiis haec exemptionum privilegia sua auctoritate limitare, atque circumscribere, et quaedam crimina excipere et formam et modum de his cognoscendi et iudicandi praescribere?* Che in vero anche i reggenti secolari abbiano fatto realmente uso di questo diritto, ce lo insegna in parte la storia del concilio tridentino ⁴⁾, in parte la odierna pratica degli stati cattolici ⁵⁾. Del resto

¹⁾ MAIERS *geistliches Staatsrecht* parte II cap. 6 sez. 2 § 112 pag. 351 e specialmente PÜTTERS *Erörterungen* vol. 2 pag. 99 seg. La eguaglianza bilaterale delle due confessioni religiose nella pace di West. non ha qui alcuna influenza Vedi MAIER, *von der evangel. Geistlichkeit Gerichtstand in zeitl. Sachen* § 40.

²⁾ Art. V § 30.

³⁾ *Ius Eccles. univ.* parte III tit. III cap. II § 12 (*Oper.* tom. IV pag. 26 Venet. 1781).

⁴⁾ Così per esempio, il legato papale al concilio tridentino voleva inserire nella *Sess.* 14 l'articolo: *Ut nemo laicus cuiuscunque dignitatis praetextu cuiuscunque privilegi vel consuetudinis contra in sacris constitutos; etiam in actionibus criminalibus, procedere possit*, come appare da una lettera di *Franciscus de VARGAS* che egli scrisse dal concilio tridentino il 26 novembre 1551 al vescovo di Artois. Ma per l'energica opposizione dei reggenti laici, che presero parto a tal concilio per mezzo dei loro legati, e principalmente dell'oratore spagnuolo *Franciscus de TOLEDO*, che mostrò il grande danno che da ciò sarebbe per derivare alla giurisdizione territoriale, la cosa fu impedita e quell'articolo cancellato. V. *van ESPEN, Ius Eccles. univ.* parte III tit. III cap. 3 §§ 56-59.

⁵⁾ Molti esempi di ciò, specialmente per la Baviera, trovansi in *SIEBENKEES, Beyträge zum teutschen Recht* parte 6 pagine 108 e 110 seg.

apparisce da questo svolgimento storico quanto errino coloro i quali vogliono fare scaturire la origine del fóro privilegiato degli ecclesiastici immediatamente da un ordinamento divino ^{a)}): opinione

a) Il GLÜCK ha su ciò pienamente ragione essendo il fóro privilegiato degli ecclesiastici un lento prodotto storico dovuto a molteplici e svariate ragioni. Lo storico imparziale, analizzando questa istituzione, discerne una strana miscela di giuste ed esorbitanti pretese, nè il fatto sembra incomprensibile ove anche ci si limiti in via generale a riflettere come la società dei secoli scorsi fosse stratificata in caste anelanti ciascuna esclusivi privilegi; dalle quali l'ecclesiastica sì per l'ascetismo ad ora ad ora dominante nei popoli, sì pel favore che le dimostrarono i potenti, era preponderante. Nè si debbono trascurare talune considerazioni di ordine inferiore e tuttavia efficaci nel far talora preferire la giustizia ecclesiastica, perchè meno costosa, alla secolare. L'osservazione non è sfuggita al BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gem. Rechts*, III § 139 p. 114.

Per orientarsi nel nostro argomento è d'uopo distinguere: a) la giurisdizione (in lato senso) disciplinare della Chiesa su tutti i fedeli e per le materie riguardanti la propria amministrazione; b) l'arbitrato dell'autorità ecclesiastica per consenso dei litiganti; c) il fóro privilegiato civile e criminale degli ecclesiastici; d) la giurisdizione della Chiesa per talune cause secolari che essa riteneva di sua competenza.

Per ciò che si riferisce alla giurisdizione della prima specie, è certo che alla Chiesa cristiana, sin da quando venne ufficialmente riconosciuta, fu concesso il diritto d'invigilare sul rispetto delle sue proprie leggi e di punirne le trasgressioni per parte dei fedeli. Trattavasi secondo la l. 23 *C. Theod. de episcop.* (16 2) dei *negotia ecclesiastica* in antitesi alle *causae civiles*. Quel diritto è solennemente riconosciuto anche nella l. 29 § 4 *C. de episcop. aud.* 1, 4. Si trattava di materie di fede e di disciplina ecclesiastica, di pnnizioni e remozioni di ecclesiastici, di scomuniche e penitenze comminate ai laici, o anche di cause attinenti all'amministrazione della Chiesa (cfr. specialmente la *Nov. VALENT.* 16 a. 445. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilproz.* III p. 113 VI p. 85). Qui vogliamo prescindere dalla ricerca se e quanto i successori di Costantino s'ingerissero nel determinare il procedimento da tenersi nelle cause pertinenti alla religione e alla disciplina ecclesiastica (cfr. ad esempio, CRIVELLUCCI, *Storia delle relaz. tra lo Stato e la Chiesa*, I p. 283). Un'esagerazione di tale potere della Chiesa d'invigilare sulla unità della fede e difendere questa dalle eresie, condusse alla costituzione del terribile tribunale della Inquisizione o del Sant'Ufficio che, scaturito con umili inizi dalla visita canonica dei vescovi, divenne poi del tutto indipendente da questi sotto ALESSANDRO IV e URBANO IV (PERTILE, *Storia del diritto ital.*, IV pag. 91-92).

A noi qui non importa questa specie di giurisdizione ecclesiastica, alla quale lo Stato sarebbe potuto rimanere estraneo se non si fosse invocato il suo braccio secolare o non si fosse immischiato coi tribunali ecclesiastici, specialmente con quello della Inquisizione, sia per farsene uno strumento di governo, sia talora per opporsi ai loro eccessi e alle loro esorbitanti pretese.

È bello anzi vedere come i legisti medioevali, che (per la loro aderenza all'imperatore oggi fraincesa perchè giudicata con idee moderne) per lo più difendevano i diritti del potere civile, fossero in lotta coi canonisti per la determinazione del delitto ecclesiastico. L'*Auth. Clericus* § 2 ad L. 33 *C. de episcop.* 1, 3 stabilisce: *Si vero crimen sit ecclesiasticum, Episcopalis erit examinatio et castigatio*. I canonisti la interpretavano tanto ampiamente da comprendervi moltissime specie di reati. CINO da Pistoia voleva ridotta la giurisdizione ecclesiastica soltanto a quei delitti che violavano direttamente la fede cattolica (CHIAPPELLI, *Vita e op. giurid. di Cino da Pistoia* pag. 134).

a buon dritto rigettata anche dai canonisti cattolici del nostro tempo ⁶⁾).

- 6) EYBEL, *Introduct. in ius. eccles. Catholicor.* tom. II § 112 pag. 118 seg.
 — Paul. Ios. a RIEGGER, *Institut. iurisprud. eccles.* parte II §§ 520-523. —
 — Ant. SCHMIDT, *Institut. iuris ecclesiast.* tom. I § 239 pag. 372 seg.

Riguardo all'arbitrato dell'autorità ecclesiastica per consenso dei litiganti, deriva dalle stesse esortazioni degli apostoli (*Ep. 1 ad Cor. 6, 1-6*) invitanti i fedeli a far decidere le loro controversie da arbitri scelti nella comunità religiosa o nella persona dei capi o per lo più del vescovo (Vedi anche CRIVELLUCCI, op. cit. I pag. 151 seg.). Il costume rimase anche dopochè i tribunali secolari non potevano esser più considerati come nemici dei cristiani. D'altra parte è nello spirito del diritto romano di favorire la decisione delle liti mediante arbitri. L'importanza che assunse ben presto la religione cristiana ed il suo sacerdozio, condussero gl'imperatori a dar sanzione giuridica a quel costume dell'arbitrato dell'autorità ecclesiastica nelle cause civili. Si parlò così di un *episcopale iudicium*, di una *episcopalis audientia* (Vedi le rubriche del *Cod. Th. 1 27 de episcop. definitione* e del *C. 1 4 de episcop. audientia*). Le fonti che il GLÜCK cita (l. 7-8 *C. de episcop. aud. Nov.* VALENT. 34 pr.) sono molto opportune per dimostrare la natura arbitrale del giudizio vescovile, cui spontaneamente si sono assoggettati i litiganti.

Io voglio qui fare un confronto poco osservato fra due costituzioni degli imperatori ARCADIO ed ONORIO. Essi trattarono in egual modo la comunità cristiana e la comunità israelitica. Nell'anno 398 questi imperatori avevano diretto una costituzione ad EUTICHIANO prefetto del pretorio (l. 7 *C. de iudaeis*, 1, 9) ove, dopo aver detto che gli Ebrei *communi romano iure viventes* tanto per le loro cause religiose quanto per le civili sono soggetti ai tribunali dello Stato, soggiungono: *Si qui vero ex his (Iud.) communi pactione ad similitudinem arbitrorum apud Iudaeos in civili duntaxat negotio putaverint litigandum, sortiri eorum iudicium iure publico non ventur. Eorum etiam sententiam iudices exaequantur, tanquam ex sententia cognitoris arbitri dati fuerint.* È naturale quindi che gli Ebrei, i quali hanno sempre vagheggiato di essere regolati dalla legge mosaica e dal Talmud, seguissero il costume di far decidere le proprie controversie dai dottori delle sinagoghe, adibiti come arbitri *communi pactione*. Le loro sentenze dovevano essere eseguite come se si trattasse di arbitri *ex sententia cognitoris dati*.

Nello stesso anno i medesimi imperatori stabilivano (l. 7 *C. de episcop. aud.* 1, 4) che i cristiani avessero facoltà di portare *ex consensu* le loro controversie *apud sacrae legis antistitem*. Ed anche qui ricorre con identiche parole la limitazione fatta per gli Ebrei *in civili duntaxat negotio*.

Tanto la precedente costituzione quanto questa non dovettero per certo introdurre un *ius novum*, ma regolare un fatto antico ed usuale. Forse trattavasi con la costituzione passata nella l. 7 cit. di ricondurre il giudizio arbitrale del vescovo al suo originario tipo (In questo senso e conforme al GLÜCK anche riguardo alla *Nov.* di VALENTINIANO III vedi BETHMANN-HOLLWEG, o. c. III p. 114). Nè questo giudizio arbitrale discostavasi omai gran fatto da quello del diritto comune (BETH.-HOLLW. ivi). Dalle sentenze arbitrali del vescovo nasceva naturalmente l'*actio iudicati*. Cfr. FESSLER, *Canonische Prozess in der vorjust. Periode* (1860) p. 70. Ma in seguito fu possibile di pretendere l'oggetto della condanna con un'*actio in factum*, del tutto corrispondente all'*actio iudicati*. L. 4, 5 *C. de rec. arbitris* 2 56.

Questa giurisdizione arbitrale o intromissione pacifica del vescovo nelle cause ci-

Per quanto riguarda la competenza di questo fóro ecclesiastico, esso è, secondo il diritto canonico, di due specie:

vili è un istituto dei più diffusi nella storia del diritto intermedio, anche in Italia (cfr. SALVIOLI, o. c. p. 2 §§ 1-5).

Ma la Chiesa ha cercato sempre di ottenere un fóro privilegiato per gli ecclesiastici. Sopra (p. 90 nota b) ricordai i poteri giudiziari conferiti da GIUSTINIANO al vescovo. Qui si vuol parlare invece di un fóro privilegiato cui dovessero essere deferite le cause civili e criminali degli ecclesiastici. Limitiamoci a vedere se in Italia si ebbe questo istituto. Sotto la dominazione ostrogota in Italia non vi fu un fóro speciale per la Chiesa, nè i Longobardi, oltre al noto giudizio di pacificazione proprio della Chiesa, riconobbero un fóro di tal genere. Anzi le carte provano che la competenza del tribunale ordinario non valeva soltanto per le cause civili degli ecclesiastici, ma per quelle pure riguardanti certe parti della costituzione interna della Chiesa, come la divisione delle diocesi, i loro confini e l'amministrazione disciplinare. Nè si deve credere che diverse totalmente fossero le condizioni della giurisdizione ecclesiastica in Francia sì che la dominazione longobarda si ponesse in antitesi col diritto dei Franchi (cfr. anche TAMASSIA, *Franchi e Chiesa rom. sino ai tempi di re Liutprando*, p. 207). Si può asserire mediante l'esame delle fonti che secondo il diritto pubblico anteriore al mille, la Chiesa ebbe soltanto la *gubernatio* e la *disciplina*, lo Stato, la giurisdizione sui chierici come sui laici (SALVIOLI, op. c. p. 125 e tutte le sue interessanti ricerche alle quali rimando).

Posteriormente, cresciuta la potenza della Chiesa pel suo accordo dapprima, indi per le sue contese con l'impero, essa cercò di ottenere un fóro privilegiato e le decretali dei papi e i canoni dei concilii trovarono un forte appoggio nella *Auth. Statuimus* di Federico II (ad l. 33 C. *de episcop. et cleric.*, 1,3) giustamente ricordata dal GLÜCK. Lo stesso studio del diritto, risorto a Bologna giovò a consolidare il fóro privilegiato degli ecclesiastici non solo per opera dei canonisti (sulla loro letteratura attinente al processo, cfr. BETHMANN-HOLLWEG, o. c. VI § 124 seg.), ma anche non di rado per opera dei legisti. Tra i quali, sebbene del periodo dei post-glossatori, è da ricordare, per la grande autorità che ebbe, BARTOLO da Sassoferrato, favorevolissimo alla giurisdizione della Chiesa sopra gli ecclesiastici. A favore di questi, esso ammise perfino una deroga al principio *heres sequitur forum defuncti*, e insegnò che al giudice ecclesiastico spetta giudicare un delinquente che dopo il reato abbia vestito l'abito ecclesiastico (cfr. CHIAPPELLI, *Le idee politiche del Bartolo nell'Arch. giurid.* XXVII p. 421). In quest'ultimo punto del resto BARTOLO non fa che accettare un'opinione diffusa tra i canonisti per il motivo che un secolare non avrebbe ormai potuto punire un ecclesiastico (vedila anche in DURANT, *Speculum De reo*, 4).

Un'ultima specie di giurisdizione ecclesiastica si venne formando sin dai più antichi tempi per la natura speciale di talune cause. Già nel diritto greco-romano per le cause d'ordine morale-religioso (matrimoniali e simili) vedesi nell'*Epunagoge* 3, 11, la tendenza a dichiararle di esclusiva competenza dell'autorità ecclesiastica. Nell'anno 1086, l'imperatore ALESSIO COMMENO dichiarò espressamente che le cause matrimoniali e *ψυχικαί* fossero giudicate da tribunali ecclesiastici superiori. Tuttavia anche in queste cause i giudici continuarono ad esercitare la loro giurisdizione, in parte in contraddizione ai tribunali ecclesiastici (ZACHARIAE v. LINGENTHAL, o. c. p. 357).

Anche in Occidente, la Chiesa sostenne sempre che i laici non avevano competenza in alcuna delle cause di natura spirituale più o meno diretta: *res spirituales* (celibato, sepoltura, vincolo matrimoniale) e *causas spiritualibus adnexas sive coniunctas* (benefici, decime, sponsali, patronato, voti e obblighi nati da giuramenti). Cfr. SALVIOLI, o. c. I p. 83. Secondo i concilii e i canonisti, la Chiesa avrebbe senza interru-

1) generale (*forum clericorum commune*), dove possono essere convenuti tutti gli ecclesiastici cattolici quando ivi si trovino presenti. Questo è la curia papale di Roma 7);

7) Cap. fin. X *de foro compet.* RIEGGER, *Institut. iurisprud. eccles.* parte II § 351.

zione, esercitato la sua giurisdizione in questa materia, da Costantino a tutto il medioevo. Sembra che ciò non sia esattamente vero e che talora si sia fatto confusione tra la *tuitio* spettante alla Chiesa e la giurisdizione vera e propria (cfr. le ricerche del SALVIOLI, o. c. I pagine 133-146). Dopo il mille, tuttavia la Chiesa divenne così forte da accampare la sua esclusiva giurisdizione nelle cause spirituali (in specie matrimoniali) e le fonti canoniche c'insegnano poi che il fóro ecclesiastico si venne consolidando per le cause matrimoniali, per quelle attinenti alla legittimità dei natali, alle obbligazioni confermate da giuramento, ai testamenti, alla sepoltura, ai beni e alle rendite di ragione ecclesiastica, alle decime, ecc. (Cfr. PERTILE, o. c. VI pagine 82-84). E siccome alcune di queste cause interessavano pure lo Stato, si ebbero nel civile *causae pure vel intrinsece spirituales; causae ex spiritualibus dependentes vel extrinsece spirituales e causae civiles ecclesiasticis accessoriae*.

Una letteratura canonistica dal medioevo in poi si formò appunto con lo scopo di descrivere il processo in tutti i tribunali ecclesiastici (cfr. BETHMANN-HOLLWEG, o. c. VI p. 87). Questo processo canonico ebbe influenza anche nei tribunali laici, quantunque i legisti continuassero a distinguere il fóro secolare e le sue leggi dal fóro ecclesiastico ed i canoni. Tuttavia, non a torto fu detto che i tribunali ecclesiastici ispiravano molta fiducia e servirono spesso di modello a quelli laici, tanto più che il processo canonico non era poi troppo discosto dal romano, e la giurisdizione ecclesiastica ebbe modo di allargarsi e adattarsi alle più svariate cause. Infatti dal secolo XIII in poi la *tuitio* della Chiesa sulle vedove, sugli orfani ed i poveri, si mutò in una vera e propria giurisdizione riguardo a tali persone. D'altra parte si considerava la giurisdizione della Chiesa come sussidiaria a quella dello Stato tutta volta che il giudice laico fosse negligente o sospetto. Al tribunale ecclesiastico ricorrevasi pure per le cause difficili ad essere risolte e in genere sempre che, per l'uno o l'altro motivo, si credesse opportuno di preferire al fóro secolare l'ecclesiastico. Il quale non rispondeva certamente allegando la propria incompetenza.

Per mezzo del processo romano-canonico ricevuto a poco a poco nei vari paesi (cfr. MÜTHER, *Zur Gesch. des römisch-canonischen Processes in Deutschl. während des vierzehnten und zu Anfang des fünfzehnt. Jhdts* (Festschrift zu WAECHTERS, Jubil.), Rostock 1872, e OTT, *Beiträge zur Receptions-Geschichte des römisch-canonischen Processes in den böhmischen Ländern*, Leipz. 1879), si vennero a stabilire molte importanti massime della odierna procedura. Vedine un cenno anche in MANFREDINI, *Progr.* I p. 82 seg. In Germania il processo romano-canonico preparò la via al ricevimento del diritto romano.

Chi volesse studiare completamente la storia di questo processo romano-canonico così lungo, minuzioso e con tanta abbondanza di scritture, troverebbe anche che gli statuti delle città italiane cercavano di contrapporgli un più semplice procedimento (vedi qualche cenno su ciò in BETHM. HOLLW. VI p. 89, WACH, *Der ital. Arrestproz.* p. III seg. e § 23 p. 177 seg.)

Intorno ai tribunali ecclesiastici ricorderemo infine le belle considerazioni del MONTESQUIEU, *Esprit des lois* liv. XXVIII ch. 240 e di IHERING, *Geist des r. R.* II (terza ediz.) pagine 56-57.

2) particolare (*forum clericorum proprium*), che, rispetto a ciascuno ecclesiastico, viene costituito mediante il suo domicellio o la sua prebenda o a cagione di un commesso delitto o mediante un particolare diritto ⁸⁾. Quando pertanto un ecclesiastico possiede più prebende con obbligo di residenza, se queste trovansi in diocesi diverse, può essere convenuto sì nell'una come nell'altra, presso il giudice ecclesiastico. Ove al contrario la prebenda che un ecclesiastico possiede, non richieda alcuna residenza, il suo fòro ordinario è presso il giudice ecclesiastico del domicilio di lui ed egli non può essere convenuto in *foro beneficii*, se questo sia diverso da quello, fuorchè riguardo alla prebenda ⁹⁾. Pel fòro dei prelati della chiesa cattolica in Germania si ha riguardo se essi siano o no esentati. I primi come tali sono soggetti immediatamente al papa. È questo uno speciale privilegio degli arcivescovi che come tali dipendono soltanto dalla sede papale. Vi sono anche in Germania vescovi con grado principesco e abati i quali sono esenti ¹⁰⁾. I vescovi suffraganei al contrario sono sottoposti alla giurisdizione ecclesiastica dell'arcivescovo ¹¹⁾. Se tuttavia sorga una controversia tra un suffraganeo e il metropolitano stesso o fra due vescovi suffraganei è sorta una causa riguardante un oggetto semplicemente ecclesiastico, la decide il papa, a cui immediatamente sono sottoposti ¹²⁾. Riguardo ai delitti dei vescovi cattolici distingue il concilio tridentino ¹³⁾ fra maggiori e minori delitti. Dei primi, implicando la remozione e la perdita del grado vescovile, la cognizione spetta al papa, dei secondi invece al concilio provinciale ¹⁴⁾. Nulladimeno tutta la di-

⁸⁾ Cap. 1 2 4 X *de foro compet.* Cap. 3 *de tempor. ordinat.* in 6to. Cap. 7 *de officio ordinar.* in 6to. *Concil. Trid. Sess. XXIII.* Cap. 6 *et sess. XXIV.* Cap. 5 *de Reformat.* — Phil. HEDDERICH, *Element. iur. canon.* parte II § 138 e *Ge. Lud. BOEHMER, Princip. iur. canon.* § 667.

⁹⁾ RIEGGER, l. c. § 532 e HEDDERICH, l. c.

¹⁰⁾ Vedi von SARTORI, *geistliches und weltliches Staatsrecht der deutschen katholischgeistlichen Erz- Hoch- und Ritterstifter* vol. I parte 1 cap. 3 § 194.

¹¹⁾ *Paul. Ios. a RIEGGER, Institut. iurisprud. eccles.* parte II § 200. — *Ge. Lud. BOEHMER, Princip. iur. canon.* §§ 148 e 149. — *Franc. Xaver. HOLL, Statistica Ecclesiae German.* tom. I § 57 seg.

¹²⁾ *H. von SARTORI, geistliches und welt. Staatsrecht der deutsch. kathol. geistlich. Stifter* vol. I parte 1 cap. 4 § 260.

¹³⁾ *Sess. XIII cap. 8 e Sess. XXIV cap. 5 de Reformat.*

¹⁴⁾ RIEGGER, *Institut. iurisprud. eccles.* parte IV § 251.

stinzione deriva in origine dallo PSEUDOISIDORO. In vero, secondo le conclusioni dei più antichi sinodi, quali il niceense, l'antiochense, il sardicense, le cause criminali dei vescovi spettano senza distinzione ai concilii provinciali, come *Petrus de MARCA* ¹⁵⁾ e *Zeger Bernhard von ESPEN* ¹⁶⁾ hanno posto fuori di dubbio. Quando però verso la fine dell'ottavo secolo o forse nel primo quarto del nono apparve la compilazione dello PSEUDOISIDORO ¹⁷⁾, mediante le false decretali ivi contenute dei papi GIULIO I, ELEUTERIO ed altri, si fece valere il principio che la condanna e la rimozione dei vescovi spetta soltanto al papa come *Vicarius Jesus Christi* ¹⁸⁾. La grande accoglienza con la quale la raccolta del falso ISIDORO fu ricevuta particolarmente anche dai vescovi ¹⁹⁾, poichè essa concedeva loro un sicuro asilo a Roma contro tutte le punizioni del metropolitano e del sinodo provinciale ²⁰⁾, indusse il monaco GRAZIANO ad aggiungere al suo decreto così le false decretali contenenti quel nuovo principio, come le sopra ricordate genuine conclusioni sinodali ²¹⁾ e per unire insieme le une alle altre, si giunse alla distinzione sopra ricordata *inter causas criminales maiores et minores* che il concilio tridentino confermò, quantunque non senza contraddizione di diverse potenze ²²⁾. I papi dal nono secolo in poi hanno realmente esercitato il diritto di punizione derivante da quella fonte non genuina, mediante la rimozione di molti vescovi tedeschi ²³⁾. Siccome un vescovo tedesco, considerato come Stato dell'impero ^{a)} non dipende dal papa, si ha

¹⁵⁾ *De concordia sacerdotii et imperii* lib. VII cap. 2 seg.

¹⁶⁾ In *Jus ecclesiast. univ.* parte III tit. III cap. 5 §§ 1-14. Si veda pure *Lud. Ell. du PIN, de antiqua Ecclesiae disciplina.* Diss. II cap. I pag. 98 seg.

¹⁷⁾ SPITTLERS, *Geschichte des kanonischen Rechts bis auf die Zeiten des falschen Isidorus* §§ 62 e 63.

¹⁸⁾ *Petr. de MARCA*, l. c. cap. 26. — RIEGGER, l. c. § 251.

¹⁹⁾ Vedi *van ESPEN, Diss. I de collectione Isidori vulgo Mercatoris* § 3 in *FJUS Opera. iur. canon.* tom. VIII pag. 194 (edit. Venet. 1781).

²⁰⁾ SPITTLER, l. c. § 66 pag. 261.

²¹⁾ Si veda *Oaus. III qu. 6 can. 7 e 9.*

²²⁾ Vedi *van ESPEN, Jus eccles. univ.* parte III tit. III cap. 5 § 26 seg.

²³⁾ Una quantità di esempi in ordine cronologico è citata in *H. von SARTORI, geistl. und weltl. Staatsrecht der deutsch. katholischgeistlich. Stifter* vol. II parte 2 sez. 1 cap. 41 § 1298 pagine 201-208.

^{a)} Ricordiamo che le dignità dell'impero erano insignite del nome di Stati dell'im-

riguardo oggidì tuttora alla cognizione dell'imperatore e dell'impero per decidere se ricorrano tali motivi pei quali uno Stato ecclesiastico dell'impero in virtù della capitolazione di questo possa essere privato dei suoi gradi secolari ²⁴). Posto adunque che il papa abbia pure rimosso un vescovo tedesco dal suo grado ecclesiastico, il che però oggi non potrebbe più succedere per quei motivi a cagione dei quali i papi altra volta ricorrevano alla rimozione ²⁵), il vescovo rimosso potrebbe ancora sostenersi come principe tedesco e Stato dell'impero, se l'imperatore e l'impero non lo abbiano trovato meritevole di remozione ²⁶). Del resto è ancora da osservare che l'ordinario fòre degli ecclesiastici cattolici è presso la ufficialità vescovile o il vicariato generale ²⁷).

Nei paesi evangelici gli ecclesiastici sono soggetti ai concistori del principe del luogo ²⁸). Se però in un paese non siano instituiti proprii concistori, ma le cause ad essi spettanti siano trattate dinanzi alla ordinaria autorità del luogo gli ecclesiastici sono sottoposti al collegio di giustizia della provincia ²⁹). I canonici e i conventuali hanno invece il loro speciale fòre presso il capitolo; se questo poi non ha alcuna giurisdizione, essi sono sottoposti a quel tribunale a cui il signore evangelico del luogo ha affidato la giurisdizione sopra di loro ³⁰). Del resto osservo io ancora soltanto che per eccle-

²⁴) Von SARTORI, cit. *Staatsrecht* vol. I parte I cap. 19 § 576 e vol. II parte 2 sez. I cap. 40 § 1200 pag. 101.

²⁵) Si vedano soltanto gli esempj in SARTORI, vol. II parte 2 sez. I § 1298.

²⁶) Von SARTORI, vol. I parte I cap. 19 § 576 pag. 399 e vol. II parte 2 sez. I § 1299 pag. 208 seg.

²⁷) *Ge. Lud. BOEHMER, Princip. iur. can.* § 667 nota a. — HOLI, *Statistica Eccles. Germ.* tom. I parte I cap. XIX § 381 e von SARTORI, *Staatsrecht der katholischgeistl. Stifter* vol. II parte 2 sez. I cap. 48 § 1471 seg.

²⁸) a PUFFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. I § 166.

²⁹) a PUFFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. I *Obs.* 166 e EICHMANNS, *Erklärungen des bürgerlichen Rechts* parte V § 196 pag. 286 seg.

³⁰) *Ge. Lud. BOEHMER, Princip. iur. can.* § 667.

pero. *Proceres autem propter... imperii communionem, statuum nomine insigniti sunt ac non incommode fortassis describuntur, singulorum Territoriorum Domini, qui una cum Caesare imperandi potestatem habent.* I. LAMPAD. *Tract. de constitut. imperii rom. germ.* (Lugd. Bat. 1624) p. 108. Tra gli Stati ecclesiastici dell'impero figuravano cinquanta vescovi. Ivi p. 161.

siastici si intendono presso i protestanti, non solamente coloro che mediante ordinazione vengono destinati al servizio della chiesa; ma sono ascritti ai medesimi anche gli allievi, i cantori, gli organisti, i maestri di scuola, i sagrestani e stanno quindi insieme alla moglie ed ai figli (sino a che cioè questi non cambiano il loro stato e sono sotto la patria potestà) nella maggior parte dei paesi protestanti sotto la giurisdizione ecclesiastica ³¹⁾. Anche le vedove degli ecclesiastici conservano in un coi loro figli questo fòro ecclesiastico, finchè cioè questi vivono presso la madre e sono educati da lei ³²⁾. Sopra fu già trattato se il servo degli ecclesiastici abbia il fòro privilegiato del suo padrone.

Quando un ecclesiastico cattolico si trova in un paese protestante possono darsi due casi:

1. Egli trovasi ivi semplicemente come uno straniero. In questo caso se egli sia ivi convenuto, è soggetto, come ogni altro straniero, al tribunale secolare del paese e non può richiamarsi al suo fòro privilegiato, come se avesse un *ius revocandi domum* ³³⁾.

2. Un ecclesiastico cattolico per necessità d'ufficio (*ex officii necessitate*) risiede in un paese protestante. In questo caso, secondo lo spirito della pace di Westfalia, decide anzi tutto lo stato di possesso dell'anno normale, e, se questo non vi si riferisca, la legge del signore del luogo, in qual misura quello possa richiamarsi *in causis officii* al suo superiore ecclesiastico ³⁴⁾.

Così riguardo agli ecclesiastici evangelici in un paese cattolico, si guarda se la chiesa evangelica a cui appartengono riconosce nell'anno 1624 la giurisdizione ecclesiastica del vescovo cattolico, o mediante l'osservanza di questo anno normale ha un proprio concistoro per l'amministrazione del potere ecclesiastico che le spetta e

³¹⁾ BOEHMER, cit. *Princip.* § 242 nota a. — SALOM. DEYLING, *Institut. prudentiae pastoral.* parte II § 31. — PAULI, *Progr. de foro clericorum competente* pag. 5. — PÜTTERS, *Rechtsfälle* vol. I parte I resp. 16 num. 49 p. 185. — EICHMANN'S, *Erklärungen* parte V pag. 145 nota q.

³²⁾ PUFFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. III obs. 197.

³³⁾ LUDOVICI, *Einleitung zum Consistorialprocess* cap. 5 § 41 e SIEBENKEES, *Beyträge zum teutschen Rechte* parte 6 trat. 5 §§ 29 e 30.

³⁴⁾ I. P. O. Art. V § 26 e 48. — MAIERS, *teutsches geistliches Staatsrecht* parte 2 cap. 6 sez. 1 pag. 332 seg. — SIEBENKEES, I. c. § 30.

della annessa giurisdizione ecclesiastica. Nel primo caso sono soggetti alla giurisdizione ecclesiastica del vescovo cattolico, ma soltanto nei limiti espressamente dichiarati nella legge della pace di Westfalia ³⁵). Nel secondo caso al contrario sono sottoposti al concistoro evangelico della loro chiesa. E soltanto a questo fòro sono sottoposti gli ecclesiastici evangelici in quei paesi misti, nei quali ambedue le religioni dall'anno 1624 in poi sono pubblicamente introdotte come condominanti ³⁶). Quando invece un ecclesiastico evangelico risiede in un paese cattolico semplicemente come straniero ed ivi delinque, deve riconoscere il *forum delicti* senza potersi richiamare al suo fòro privilegiato ³⁷).

Il fòro privilegiato degli ecclesiastici vien meno nei seguenti casi:

1. Quando essi si sono resi colpevoli di tal grave delitto che deve per ciò comminarsi a loro la pena di morte od una pena corporale od altra pena d'importanza uguale a questa. Tuttavia anche in tal caso essi hanno il loro fòro davanti al tribunale ecclesiastico, almeno sino all'inquisizione speciale, col cui cominciamento debbono essere consegnati al giudice secolare ³⁸). Quindi la giurisdizione dei concistori è limitata ai minori delitti degli ecclesiastici e alle trasgressioni ai doveri del loro ufficio per le quali il concistoro può condannare ad una sospensione o rimozione, ovvero ne deriva altra censura ecclesiastica ³⁹).

2. Quando un ecclesiastico, senza riguardo a tale sua condizione, vien convenuto semplicemente nella qualità di possessore di una cosa, o di amministratore di beni altrui, o di vassallo, o di pubblico funzionario del principe, o di Stato dell'impero tedesco. In tali casi anche per gli ecclesiastici è competente l'ordinario giudice secolare ⁴⁰).

³⁵) Art. V § 48. MAIER, *geist. Staatsrecht* § 113. Lo stesso, *von der evangel. Geistlichkeit Gerichtsstande in zeitlichen Sachen* §§ 43 e 44.

³⁶) MAIER, nella citata Memoria § 49.

³⁷) SIEBENKEES, *Beyträge* parte 6 pag. 124.

³⁸) HELLFELD, *Diss. de iurisdictione saeculari in clericos delinquentes*, Jenae 1771 (*in Ejus Opusc.* num. XIII). — BOEHMER, in *Observat. ad Carpzovium qu. CX* obs. 18. — MEISTERS, *ausführl. Abhandlung des peinl. Processen* parte V punto princip. 13 § 48.

³⁹) I. H. BOEHMER, *Ius. eccles. Protest.* lib. II tit. II §§ 65-67.

⁴⁰) Cap. ult. X *de foro compet.* cap. 5 e 13 X *de iudic.* cap. 6 X *De foro*

3. Anche per concessione di causa o a cagione di litispendenza, cessa il fòro privilegiato degli ecclesiastici in quei casi nei quali un ecclesiastico in un processo pendente innanzi al giudice secolare è chiamato in causa per la garanzia che deve prestare ⁴¹⁾, ovvero come erede di un laico succede in una causa contro il suo autore, già pendente dinanzi al giudice secolare ⁴²⁾.

4. A cagione di una proroga necessaria viene meno il fòro ecclesiastico nella riconvenzione, e l'ecclesiastico deve ammettere contro di sè come riconvenuto quel giudice secolare che egli ha riconosciuto in suo vantaggio come attore, quando la causa, secondo la sua specie, possa essere trattata dinanzi al medesimo ⁴³⁾. Finalmente

5. è da osservare ancora che questo privilegio si perde presso

compet. — *Christ. THOMASIVS in Diss. de foro competente et subiectione clericorum sub potestate civili* (Halae 1709). Sect. III §§ 6-19. — *Van ESPEN, Ius Eccles. univ.* parte III tit. I cap. VI §§ 26-28. — *WERNHER, Observat. for.* tom. I parte I obs. 305 in *Supplem. novo* § X num. 29. — *LEYSER, Meditat. ad Pandect.* vol. II *Specim. LXXX medit.* 12 e 13. — *EICHMANNS, Erklärungen des bürgerlichen Rechts* parte 5 pag. 165 seg. Riguardo agli speciali fòri del contratto e della compiuta amministrazione di affari altrui, veramente *BOEHMER in Ius eccles. Protestant.* lib. II tit. II §§ 61-62 è di altra opinione. Con lui concorda anche *DANZ nei Grundsätze des gemein. ordentl. bürgerlich. Processen* § 35 pag. 101. Essi sostengono cioè che un ecclesiastico debba riconoscere anche il fòro della conclusione del contratto e della fatta amministrazione. Egli potrebbe tuttavia richiamarsi qui pure ai tribunali ecclesiastici, perchè i laici non sarebbero autorizzati ad ascrivere una giurisdizione sopra di lui. Ma già *EICHMANN* nelle *Erklärungen des bürgerlichen Rechts* parte 5 pagine 188-194 ha completamente dimostrato come questa opinione non sia fondata nei passi del diritto canonico che vengono citati all'uopo, cioè cap. 20 X *de foro compet.* cap. 1 § 3 *eodem* in 6to e cap. 1 *de privilegiis* in 6to.

⁴¹⁾ L. 49 pr. D. *de iudiciis* L. 1 *Cod. ubi in rem. actio* [3 19]. — *BOEHMER, Ius eccles. Protestant.* lib. II tit. II § 55. — *Van ESPEN, Ius eccles. univ.* parte III tit. I cap. VI § 30. — *THOMASIVS*, cit. *Diss.* pag. 41 e specialmente *EICHMANN* nelle cit. *Erklärungen* parte 5 pag. 175 seg.

⁴²⁾ L. 30 e 34 D. h. t. *BOEHMER*, loc. cit. § 56. — *van ESPEN*, c. l. § 31. — *HEDDERICH, Elem. iur. canon.* parte II § 139.

⁴³⁾ L. 22 D. h. t. cap. 1 e 2 X *de mut. petit.* L. 14 in fin. C. *de sentent. et interlocut.* [7 45] *Can.* 1 § 2. *Caus.* III. *Qu.* 8. — *I. H. BOEHMER. ius. eccles. Protest.* lib. II § 57. — *Paul. Ios. a RIEGGER, Institut. iurisprud. eccles.* parte II §§ 645-649.

i cattolici soltanto mediante solenne degradazione ⁴⁴), presso i protestanti mediante effettiva rimozione ⁴⁵). La semplice rimozione non è sufficiente a ciò presso i cattolici, perchè il fôro privilegiato, secondo il diritto canonico, è un privilegio *ordinis sacri*, che imprime un inestinguibile carattere, e quindi rimane tuttora efficace quando pure l'ecclesiastico sia stato rimosso dal suo ufficio ⁴⁶).

§ 524.

Fôro delle persone accademiche ^a).

Un fôro privilegiato spetta III agli insegnanti delle Università e agli altri appartenenti ad esse (*academische Bürger*). Questo privilegio si fonda originariamente sopra la famosa costituzione dell'imperatore FEDERICO I che è conosciuta sotto il nome di *Authen-*

⁴⁴) Cap. 10 X *de iudic.* cap. 2 *de poenis* in 6to. — van ESPEN, *ius. eccles. univ.* parte III tit. XI cap. I § 56.

⁴⁵) *Iust. Henn.* BOEHMER, *ius. ecclesiast. Protestant.* lib. II tit. II § 49. — DANZ, *Grundsätze des gemeinen ord. bürg. Processes*, § 35 pag. 100.

⁴⁶) *Paul. Ios.* a RIEGGER, *Institut. iurisprud. eccles.* parto II § 534, e WIESE, *Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts*, § 140 pag. 67.

^a) Cfr. PERTILE, *Storia del dir. it.*, VI p. 138 seg. Importante in proposito (vedi anche sopra p. 90 nota *a*) è sempre l'opera del SAVIGNY.

Ma gli statuti delle nostre Università, per quanto in generale si modellino sul bolognese, meriterebbero sotto il rapporto della giurisdizione accademica, un diligente esame. L'*Auth. Habita* fa parte, è ben vero, delle collezioni giustinianee; ma in che misura ne ammettevano l'applicazione i civici statuti? Nelle cause criminali contro studenti aveva luogo talora un semplice intervento del Rettore al tribunale civico del potestà e del capitano, ai quali soltanto spettava la *cognitio* (SAVIGNY, §§ 74, 106, 119). Meritano esame le opinioni degli antichi giureconsulti intorno alla nostra *Auth.* Vedine alcune in PADELLETTI, *Docum. inediti per serv. alla storia delle Univ. ital.* (*Archivio giur.* VI p. 105 seg.). Cfr. anche ROSSHET, *Dogmengesch.* p. 85.

Anche a proposito delle antiche Università è d'uopo distinguere la giurisdizione disciplinare dalla civile e criminale. L'*Auth. Habita* è stata ripresa in esame dagli storici delle Università medioevali. DENIFLE (vedi sopra p. 90 nota *a*) KAUFMANN, *Die Gesch. der deutsch. Universitäten*, I (Stuttgart, 1888) pagine 157-229. Invero quella *Auth.* è il primo privilegio imperiale che servì di base agli ordinamenti universitari, sebbene per ragioni locali fossero variamente modificati.

Presso di noi, prescindendo dalla giurisdizione disciplinare delle autorità universitarie sugli studenti (Reg. Decreto 22 ottobre 1885 n. 3443 serie 3.^a art. 8), non esiste omai più uno speciale fôro universitario. Al Consiglio superiore della pubblica istru-

tica Habita C. ne filius pro patre [4 13]⁴⁷⁾. In base alla medesima spettava agli scolari e ai professori dell'Università la scelta se essi volessero essere convenuti presso il rettore di questa o presso il vescovo. Presso altro giudice, da quello in fuori che essi avevano scelto, non potevano essere convenuti⁴⁸⁾. Sebbene questa costituzione, che l'imperatore FEDERICO I promulgò sui campi di Roncaglia l'anno 1158, fosse emanata propriamente per le Università d'Italia e principalmente per Bologna, entrò tuttavia in vigore insieme colle collezioni romane, ove per comando dell'imperatore era stata inserita, anche in Germania quando verso la fine del secolo XIV furono quivi pure istituite delle Università. Tuttavia oggidì non ha

47) Si confronti specialmente qui MURATORI, *Diss. de litterarum fortuna in Italia* (in *Antiquitat. Ital.* tom. III *Diss.* 44). — CONRINGII, *Antiquitat. academ. Diss.* V. — HORATHI LUTHI CALLIENSIS, *Tractat. de privilegiis scholarium.* (Patavii 1564). — Iac. MIDDENDORPII, *academiarum celebrium universi terrarum orbis*, lib. VIII (Coloniae 1602 8). — RICHTER, *Comment. ad Arth. Habita. Cod. ne filius pro patre* [4 13]. — Lud. Conr. SMALCALDER, *Diss. de iurisdictione academiarum privilegiaria* (Tubingae 1724), e HEUMANN, *rechtsg. Vorstellung der privilegierten akademischen besonders bei der Univers. Altdorf hergebrachten Jurisdiction.*

48) Nell'Auth. *Habita* Cod. cit. si dice: *Verum tamen si litem eis quispiam super aliquo negotio movere voluerit, huius rei optione data scholaribus, eos coram domino vel magistro suo, vel ipsius civitatis Episcopo, quibus hanc iurisdictionem dedimus, conveniat. Qui vero ad alium iudicem eos trahere tentaverit, etiamsi causa iustissima fuerit, a tali conamine cadat. Hanc autem legem inter imperiales Constitutiones, scilicet sub titulo Ne filius pro patre, etc. inseri iussimus. Dat. apud Roncalias anno Domini MCLVIII mense Novembri.*

zione, secondo l'art. 7 n. 3 della vigente legge, relativa ad esso, 17 febbraio 1881, n. 61, sono riservati in seduta plenaria i giudizii sulle colpe dei professori universitari che importino la loro deposizione o la sospensione per un tempo maggiore di due mesi. Per queste colpe, così indeterminatamente accennate, è d'uopo ricorrere alla nostra legge fondamentale sulla pubblica istruzione (Casati) del 13 novembre 1859. Ivi all'art. 106 dicesi che le cause le quali possono dar luogo a promuovere amministrativamente la sospensione o la rimozione di un membro del corpo accademico sono: l'aver per atti contrari all'onore incorso la perdita della pubblica considerazione; l'aver coll'insegnamento o cogli scritti impugnato le verità sulle quali riposa l'ordine religioso e morale, o tentato di scalfare i principj e le guarentigie che son posti a fondamento della costituzione civile dello Stato; l'aver infine, malgrado replicate ammonizioni, persistito nell'insubordinazione alle Autorità, e nella trasgressione delle leggi e dei regolamenti concernenti l'Università. L'art 107 stabilisce la procedura che il Consiglio superiore ha da seguire. Si tratta dunque di un *iudicium de moribus* a tutela del decoro del corpo accademico, non di fóro privilegiato. L'art. 106 è abrogato per *desuetudo* nelle parti contrarie al libero esame.

luogo la scelta accordata in quella costituzione alle persone accademiche riguardo al fòro, poichè piuttosto il loro fòro competente è di regola presso il tribunale e il senato accademico ⁴⁹). A questa autorità giudiziaria accademica sono pertanto sottoposti, non solo tutti i professori, dottori, maestri, direttori delle esercitazioni e studenti, ma anche i rimanenti cittadini che trovansi sotto la tutela della Università, per esempio, stampatori, librai, artisti e operai; lo stesso è a dire dei subalterni della Università, insieme alle loro mogli, vedove e figli, finchè questi, cambiando il loro stato, non assumono altra condizione, e del servo che vive con tutti questi addetti all'Università ⁵⁰). Riguardo agli studenti il fòro accademico è fondato non appena hanno raggiunto l'Università, quindi non soltanto dal tempo della loro immatricolazione. Pertanto il magistrato civico non può in alcuna guisa arrogarsi una giurisdizione sopra gli studenti, quando pure non siano ancora stati iscritti ⁵¹). Per ciò che riguarda la estensione della giurisdizione accademica, secondo il contenuto della sopra citata *Authentica* essa comprende la giurisdizione in ogni qualsivoglia causa dei suoi sottoposti, sia civile o criminale ⁵²), personale o reale ⁵³). Siccome la pratica odierna non concorda in ciò pienamente, si ha riguardo qui soprattutto agli speciali privilegi e statuti di ogni Università ⁵⁴). Quando tuttavia il nostro

⁴⁹) V. LEYSER, *Medit. ad Pandect.* vol. II *Specim.* LXXVII *med.* 1. — *Henr. BALEMANN, Diss. epistolar. de iurisdictione academica non propaganda*, (Giessae 1755) § 19. — MALBLANC, *Orat. de diversis regiminis academici fatis*, (Altorfii 1785 4), e SMALCALDER, *cit. Diss.* §§ 6 e 7.

⁵⁰) MEISTERS, *ausführliche Abhandl. des peinl. Processes in Teutschland*, parte 5.^a punto princ. 13 § 52 pag. 707, e MALBLANC, *Consp. rei iudiciar.* § 128 num. II pag. 24.

⁵¹) MEISTER, l. c. § 52 num. 2 pag. 707. — MALBLANC, c. l. nota k, pagina 246.

⁵²) MEISTERS, *Abhandl. des peinl. Processes*, parte 4.^a punto princ. 11 § 6 pag. 414 seg. — GERDES, *de iurisdictione criminali academiis, praesertim Gryphicae, competentis*. Di altra opinione è VOET in *Commentar. ad Pand. h. t.* § 109.

⁵³) SMALCALDER, *cit. Diss.* § 27 e l'opera del sig. cons. intimo KOCH, *rechtl. Gedanken von der Gerichtsbarkeit der Universitäten, besonders der Universität zu Giessen, in realibus* (Giessen 1764 4).

⁵⁴) QUISTORP, *Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts*, parte 2.^a § 584. — DANZ, *Grunds. des gem. ord. bürg. Processes*, § 36 pag. 103.

autore sostiene che nelle cause penali non spetta alla autorità accademica altro che la prima e sommaria audizione, ma in verun modo una vera giurisdizione criminale, se non le sia stata conferita mediante un espresso privilegio, questa opinione contraddice almeno alla esperienza. Infatti, come anche ha osservato il MEISTER⁵⁵), in Germania almeno non vi è Università che non si debba trovare nel possesso di un ramo della giurisdizione criminale.

§ 525.

4. Fóro dei soldati^{a)}.

Già nel diritto romano fu conferito IV ai soldati il privilegio di avere proprii giudici militari, sì nelle cause civili, sì nelle criminali⁵⁶). Questa giurisdizione militare spettava da principio ai *Tri-*

⁵⁵) Al luogo citato pag. 416.

⁵⁶) L. ult. C. *de re militari* [49 16]. L. 29 Cod. *de pactis* [2 3] L. 17 Cod. *de iudicis* [3 1] L. 6 Cod. *de iurisdic. omn. iudicum*. [3 13]. — VOET, *de iure militari liber singularis* (Ultrajecti 1670 3) cap. VII seg. — BARDILI, *Diss. de iudicio militari privilegiato*.

^{a)} Cfr. ora BETHMANN-HOLLWEG, *Prozess* III § 135 e pel diritto italiano PERTILE, *Storia*, VI p. 145 seg.

Il fóro speciale corrisponde nella civiltà antica al formarsi delle corporazioni. Lo stesso accadde in Roma riguardo ai *milites* che sino dai primi tempi dell'impero vennero ad esser considerati come una classe a sè, favorita di privilegi e si contrapposero a poco a poco ai *privati* o *pagani*, borghesi, come diremmo oggi (KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* I p. 929). Invero fu Diocleziano che tolse ai presidi delle provincie ogni potere militare e così essi perdettero a poco a poco prima la giurisdizione criminale sui soldati, poi anche la civile che spettò a capi militari. Questo è pure il diritto che GIUSTINIANO stabilì per l'Italia nella *Sanctio pragm. pro pot. Vigiliis* c. 23.

Il potere civile e militare fu novellamente riunito insieme con l'una e l'altra giurisdizione nella costituzione germanica, ma poi che, mediante la introduzione delle compagnie di ventura, furono nuovamente separate le due potestà, si tornò ai principj romani anche per la giurisdizione sui militari. In DURANT. I 2 *De reo*. 1, dicesi: *Miles non convenitur nec accusatur nisi coram magistro militum*.

Nell'odierno diritto nostro non esiste più, come è naturale, un fóro privilegiato dei militari. Soltanto dei reati militari conoscono tribunali militari secondo il *Codice penale dell'esercito* pubblicato il 1869 ed entrato in vigore il 15 febbraio 1870, il quale è coordinato al Codice penale marittimo. Per i reati comuni i militari sono soggetti ai tribunali ordinari. V'è anzi chi trova ingiusta la differenza delle pene, come, ad esempio, la conservazione di quella di morte per l'esercito, dal momento che di fatto e tra poco di diritto è abolita per reati comuni. In massima non si può negare la necessità di una apposita giurisdizione per i reati militari.

buni ovvero *praefecti legionum* ed ai *legati consulares Imperatoris* ⁵⁷⁾, e cioè in tal guisa che i primi la esercitavano nelle cause civili e nei lievi delitti dei soldati, i secondi invece nelle vere cause penali e capitali di essi ⁵⁸⁾. Soltanto in assenza del *legatus Imperatoris* poteva il tribuno ovvero *praefectus legionis*, in quanto cioè egli fosse un *comes primi ordinis*, esercitare la giurisdizione penale sopra i soldati della sua legione ⁵⁹⁾. Questi giudici militari avevano tuttavia giurisdizione soltanto principalmente per le cause dei soldati di rango inferiore (*in milites caligatos*) ⁶⁰⁾ a). Sopra i militari di rango superiore, che appellavansi *milites principales*, o *principia* ⁶¹⁾, e quindi sopra i centurioni e tribuni istessi, gl'imperatori eransi un tempo

⁵⁷⁾ Flav. VEGETIUS, *de re militari*, L. II cap. 9.

⁵⁸⁾ Si veda PANCIROLI, *Commentar. in Notitiam Dignitatum utriusque Imperii* (Genevae 1623 f.) cap. XXXVI pag. 64.

⁵⁹⁾ VEGETIUS, l. c. *Proprius autem iudex erat PRAEFECTUS LEGIONIS, habens comitivam primi ordinis dignitatem, qui ABSENTE LEGATO, tanquam vicarius ipsius potestatem maximam retinebat. Tribuni vel centuriones, ceterique milites, eius praecepta servabant. Si miles crimen aliquod admisisset, auctoritate praefecti legionis deputabatur a tribuno ad poenam.* Si confronti intorno a questo passo Godesc. STEWECHII, *Commentar. ad Vegetium*, lib. I cap. 23 pag. 78 e lib. II cap. 9 pag. 162 (Vesaliae 1670 8).

⁶⁰⁾ L. 9 D. *de custod. et exhibit. reor.* [48 3]. Chi sieno questi *milites caligati* e d'onde sia scaturito il nome, indagano Guido PANCIROLUS, in *Thesaurus variar. lection. utriusque iuris*, lib. I cap. 75, e Barn. BRISSONIUS, *Selectar. ex iure civ. Antiquitat.* lib. II cap. 5.

⁶¹⁾ VEGETIUS, *de re militari*, lib. II cap. 7.

a) Su questi *milites caligati*, ossia che giungevano sino al grado di centurione, v. MARQUARDT, *Röm. Staatsr.* 2 Aufl. II pagine 543-44. Per l'organizzazione dell'esercito romano, cfr. LANDUCCI, *Stor. del d. r.* § 293 seg., e la copiosa letteratura ivi citata. A noi premerebbe conoscere il periodo da Diocleziano in poi, in cui le cose militari, divise del tutto dalle civili, furono affidate alla suprema direzione del *magister militum*. Ma è appunto questo il periodo di cui meno si sa. Tuttavia il MOMMSEN, *Das römische Militärwesen seit. Dioclet.* (*Hermes* XXIV pag. 195-279) ha recentemente ripreso in esame con l'usata dottrina questo punto. Egli a pag. 259 così parla della giurisdizione: « nelle cause penali di ogni genere, già da lungo tempo erano incompetenti pei soldati i tribunali generali e fungeva da giudice l'ufficiale comandante. Ma nelle cause civili i tribunali generali restano competenti pei soldati sino a Teodosio II (a meno che l'ufficiale non giudichi per delegazione del giudice civile)...... Invece per una costituzione dell'anno 413 il soldato non può essere convenuto anche in queste che presso l'ufficiale ed a ciò si rimase. Come attore il soldato deve essere sottoposto esso pure al tribunale civile. Soltanto sotto i re germanici a ciò pure fu esteso il tribunale militare goto; il che dopo la conquista d'Italia GIUSTINIANO nuovamente sopprese.

riservati l'*ius gladii* ⁶²). Così spiegasi un passo di EMILIO MACRO ⁶³), ove egli dice: *Officium tribunorum est, vel eorum, qui exercitui praesunt, milites in castris continere, eorumque delicta secundum suae auctoritatis modum castigare*. Ma al luogo dei *legati Imperatoris*, di cui si fa menzione ancora sotto l'imperatore ALESSANDRO ⁶⁴), vennero nominati da questo tempo in poi i *magistri militum* ⁶⁵). E sebbene anche i *praefecti praetorio* partecipassero tuttora largamente alla giurisdizione militare ⁶⁶), tolse loro l'imperatore COSTANTINO magno intieramente il dipartimento militare e lo conferì soltanto ai *magistri militum* ⁶⁷). Il privilegio della giurisdizione militare venne poi molto limitato, poichè mediante la costituzione dell'imperatore COSTANTINO ⁶⁸), i soldati nelle cause puramente civili dovevano essere soggetti alla ordinaria autorità del luogo o ai rettori delle provincie; il che fu poi ribadito dall'imperatore ARCADIO ⁶⁹), sotto minaccia di talune pene.

⁶²) *Iust.* LIPSIUS, *de militia Rom.* lib. V *Dial.* 18 e *Herm.* OESTERDYK, *Disp. ad fragmenta, quae ex Venuleji Saturnini libris de officio Proconsulis supersunt.* (Traj. ad Rhen. 1755) cap. I § 2 (in *Ger.* OELRICHS, *Theo. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* vol. I tom. II pag. 479).

⁶³) L. 12 § 2 D. *de re militari* [49 16].

⁶⁴) LAMPRIIDIUS, in *Alexandro*, cap. 51.

⁶⁵) VEGETIUS, *de re militari*, lib. II cap. 9. *Sed LEGATI IMPERATORIS ex consularibus ad exercitus mittebantur, quibus legiones et auxilia universa obtemperabant in ordinatione pacis vel necessitate bellorum, in quorum locum nunc illustres viros constat MAGISTROS MILITUM substitutos, a quibus non tantum binas legiones, sed etiam plures numeri gubernantur.* Si veda qui specialmente STEWECHII, *Commentar. ad Vegetium*, pag. 157.

⁶⁶) L. 1 D. *de offic. praef. praet.* [1 11]. — PANCIROLUS, in *Comment. cit.* c. XXX pag. 52. — CAMPIANUS, *de officio et potestate Magistrat. Romanor.* lib. I pag. 130.

⁶⁷) ZOSIMUS, lib. II L. I C. *de officio magistri milit.* [1 29]. — PANCIROLUS, l. c. — GUTHERIUS, *de officiis domus augustae*, lib. II cap. 3 pag. 266. — VOET, *Commentar. ad Pandect. h. t.* § 103.

⁶⁸) L. 2 Cod. *Theodos. de iurisdic. Definitum est, provinciarum Rectores in civilibus causis litigia terminare, etsi militantes exceperint iurgia vel moverint. Ne igitur usurpatio iudicia legesque confundat, aut Iudicibus Ordinariis adimat propriam notionem, ad Provinciarum Rectores transferantur iurgia civilium quaestionum.* Si veda intorno a questa legge Iac. GOTHOFREDI, *Commentar. ad Cod. Theodos.* tom. I pagine 89 seg.

⁶⁹) L. 9 Cod. *Theodos. eodem tit.* *Si quis neglectis iudicibus ordinariis, sine coelesti oraculo, causam civilem ad militare iudicium crediderit deferendam, praeter poenas ante promulgatas, intelligat se deportationis sortem excepturum. Nihilominus et advocatum eius decem libris auri condemnatione feriendum.*

Anche riguardo ai delitti dei soldati si fece una distinzione, di guisa che in base ad un rescritto generale degli imperatori SEVERO e ANTONINO ⁷⁰⁾ i soldati pei gravi delitti comuni dovevano essere sottoposti al *forum delicti*; il loro fôro privilegiato non aveva luogo che pei delitti militari o altri di poca entità ⁷¹⁾. Ma come gli imperatori COSTANZIO ⁷²⁾, VALENTINIANO e VALENTE ⁷³⁾, abolirono la distinzione relativa ai delitti dei soldati e rilasciarono la cognizione dei medesimi ai tribunali militari, senza distinguere se fossero delitti comuni o militari; così anche gli imperatori ONORIO e TEODOSIO conferirono ai *magistri militum* la facoltà di decidere le cause civili dei soldati ⁷⁴⁾. *Magisteriae potestati*, queste sono le parole della loro costituzione, *inter militares viros, vel privatum actorem et reum militarem etiam civilium quaestionum audiendi concedimus facultatem: praeser-*

⁷⁰⁾ L. ult. D. *de accusationib.* [48 2]. *Alterius provinciae reus apud eos accusatur et damnatur, apud quos crimen contractum ostenditur, quod etiam in militibus esse observandum Optimi Principes nostri generaliter rescripserunt.* — L. 3 pr. D. *de re militari* [49 16]. *Desertorem auditum ad suum ducem cum elogio Praeses mittet: praeterquam si quid gravius ille desertor in ea provincia in qua repertus est, admisierit: ibi enim eum plecti poena debere, ubi facinus admisum est, Divi SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt.*

⁷¹⁾ L. 9 D. *de custod. et exhibit. reor.* [48 3]. *De militibus ita servatur, ut ad eum remittantur, si quid deliquerint, sub quo militabunt. Is autem, qui exercitum accipit, etiam ius animadvertendi in milites caligatos habet.* VENULEIO SATURNINO, dal cui lib. I *de officio Proconsulis* è tolto questo passo, sembra parlare senza distinzione di tutti i delitti dei soldati. Ma confrontandolo coi passi citati nella nota precedente, non può quivi farsi parola che dei delitti militari o dei lievi delitti comuni dei soldati, come già hanno osservato Iac. GOTHOFREDUS, in *Commentar. ad L. 2 Cod. Theodos. de exhibend. et transmitt. reis* (tom. III pag. 30 edit. Ritter). — Iac. LECTIUS, ad *Modestinum de poenis in L. 3 D. de re milit.* (in OTTONIS, *Thes. iur. Rom.* tom. I pag. 153). — Ulr. HUBER, *Praelect. iur. civ. h. t.* § 67. — Ge. Lud. BOEHMER, in *Diss. de delictis extra territorium admissis.* § 3 not. d, e PUTTMANN, in *Elem. iuris crim.* § 731.

⁷²⁾ L. 2 C. *Th. de iurisdic. In criminalibus etiam causis, si miles poposcerit reum, Provinciae Rector inquireat. Si militans aliquid admisisse firmetur, is cognoscat, cui militaris rei cura mandata est.*

⁷³⁾ L. 1 Cod. *de exhib. et transmitt. reis.* [9 3]. *Si miles in provincia repertus crimen publicum commiserit, eum Rector provinciae sub custodia constituat: atque ita vel causae meritum vel etiam personae qualitatem ad Magistrum militum referat.*

⁷⁴⁾ L. 6 Cod. *de iurisdic. omnium iudic.*

tim cum id ipsum de more litigantium esse videatur, constetque militarem reum, nisi a suo iudice, nec exhiberi posse, nec si in culpa fuerit coerceri. Soltanto nel delitto di adulterio, secondo una costituzione dell'imperatore TEODOSIO ⁷⁵⁾ il soldato non doveva avere facoltà di richiamarsi alla sua prerogativa militare. Ma essendo questa costituzione rimasta fuori del codice giustiniano, vien meno anche tale eccezione nel nuovissimo diritto romano. L'imperatore ANASTASIO ordinò finalmente che i soldati dovessero essere convenuti presso i loro *duces* e i *magistri militum praesentalium*, non dinanzi al *magister per Orientem* nè presso altri ⁷⁶⁾. Quando poi i *duces* o i *praefecti castrorum* stessi avessero un processo, secondo una costituzione degli imperatori LEONE e ZENONE ⁷⁷⁾ dovevano essere convenuti o dinanzi al *magister officiorum* o al *magister militum per Orientem*. Sebbene a questi capi militari spettasse la giurisdizione, così nelle cause civili come nelle criminali dei soldati, permise tuttavia l'imperatore GIUSTINIANO ⁷⁸⁾ anche ai *magistrati provinciarum* di esercitare una giurisdizione sopra i soldati nei gravi delitti: *Cum enim magistratus provinciarum, dice GIUSTINIANO, locum maximorum magistratum obtineant, et in provinciis instar reliquorum omnium magistratum sint, et quantum in ipsis est, secundum leges nostras decreta faciant, quis exceptione fori vel simili apud eos uti audeat?* Sembra pure che il fóro privilegiato dei soldati abbia avuto effetto nelle cause civili solo in quanto il soldato fosse convenuto presso l'ordinario giudice del luogo

⁷⁵⁾ L. 9 Cod. Theod. ad Leg. Iul. de adulter. Si quis adulterii reus factus, accusatoris mariti forum declinare tentaverit, in hoc non possit eludere nec prerogativa militari defensetur, ibi confestim audiendus, ubi fuerit accusatus.

⁷⁶⁾ L. ult. Cod. de re militari. Dei *magistri militum*, di cui molti erano istituiti presso i Romani, alcuni venivan detti in *praesenti* ovvero *praesentales*, perchè trovavansi in *comitatu Principis*. Di questi, due avevansi in Occidente, due in Oriente. Solo ad essi, per la costituzione dell'imperatore ANASTASIO, doveva spettare la giurisdizione militare. Quindi anche il *praetorium*, dove questi *magistri militum* decidevano le cause dei soldati, era appellato *Praesentum*. Inoltre eranvi in Oriente tre *magistri militum*, uno per *Orientem*, l'altro per *Thracias*, il terzo per *Illiricum*. Si veda *Guid. PANCIOLOI, Commentar. in Notitiam Dignitatum utriusq. imp. cap. 3 seg. e Ant. PEREZ, Praelect. ad Codicem. lib. XII tit. 37 numeri 50-52.*

⁷⁷⁾ L. 8 Cod. de diversis officiis et apparit. [12 60].

⁷⁸⁾ Nov. VIII [Zach. 15] cap. 12 § 1.

dove egli dimora a cagione del suo servizio⁷⁹). Siccome però il soldato non mutava il domicilio che aveva prima d'intraprendere il servizio militare, ma durante questo era considerato al pari di colui che fosse assente *reipublicae causa*⁸⁰), poteva quindi in una semplice causa pecuniaria esser convenuto dai suoi creditori colà pure *in foro domicilii ordinario* dinanzi al giudice ordinario, se egli avesse lasciato un procuratore che curasse i suoi interessi giuridici o possedesse ivi dei beni nei quali i creditori potessero ottenere la immissione⁸¹). In generale il privilegio della giurisdizione militare veniva meno anche riguardo a quei soldati che insieme al loro servizio esercitavano anche un'altra industria o professione, riguardo alle quali fossero citati, quantunque pel resto rimanessero soggetti ai giudici militari⁸²).

Oggigiorno la giurisdizione militare spetta al capo supremo del reggimento; e nella sua assenza è rappresentato da ufficiali superiori (*Obrist-Lieutenant* e *Obrist-Wachtmeister*)⁸³)^a.

Essa è esercitata coll'intervento dell'auditore^b), il quale dirige il processo nei giudizi di reggimento, e anche nelle cause civili di poca importanza decide in nome del superiore⁸⁴). Tuttavia in cause di importanza, specialmente in cause penali, sono richiesti assessori, i

79) VOET, *Comment. h. t.* § 108.

80) L. 7, L. 34, L. pen. D. *ex quib. caus. maiores* [4 6].

81) L. 3 C. *de restitut. militum et eorum. qui reipublic. caus. absunt* [2 51], L. 6 Cod. *eodem.* L. 3 Cod. *de execut. rei iudicatae* [7 73].

82) L. ult. Cod. *de iurisdic. omn. iudicum.* [2 13].

83) LUDOVICI, *Einleitung zum Kriegsprocess* cap. I §§ 4 e 5.

84) LUDOVICI, cit. *Einleitung* cap. 5 § 2. KNORRENS *Anleitung zum Kriegsprocess* I punto princ. § 11. — Joh. Gottl. Fried. KOCHS *allgemeines Europäisches Land- und See-Kriegs-Becht* (Tubingen 1777, 8), parte seconda lib. 2 § 736.

a) Presso di noi la giustizia penale militare per l'esercito è amministrata 1.° da commissioni d'inchiesta; 2.° da tribunali militari territoriali; 3.° da tribunali militari presso le truppe concentrate; 4.° dal tribunale supremo di guerra e marina (art. 293 *Cod. pen. per l'eserc.*).

b) Il procedimento penale militare nell'interesse stesso della disciplina è più semplice e più breve. Sulla composizione del tribunale vedi art. 295 *Cod. pen. milit.* Presso ogni tribunale militare trovasi un avvocato fiscale militare con uno o più sostituti: sì l'uno, come gli altri debbono essere laureati in legge (art. 299 *Cod. pen. mil.*). Presso il tribunale supremo di guerra e marina trovasi un avvocato generale (art. 320 *Cod. pen. mil.*). Rappresentano l'elemento giuridico del tribunale.

quali, secondo la differenza dei casi, sono scelti dai capitani, luogotenenti, alferi, forieri e talora anche da alcuni soldati comuni ⁸⁵). Sebbene l'auditore di reggimento provveda al protocollo, non può tuttavia in alcuna guisa essere considerato come un semplice attuario giudiziale, poichè egli non dirige soltanto l'intero processo e deve ammaestrare gli assessori (al che si ha riguardo principalmente nella decisione della pendente causa e perciò che il diritto al caso stabilisce), ma compila anche la sentenza e la pubblica e in generale spedisce in nome del superiore tutto ciò che spetta al reggimento ed appartiene alla giurisdizione contenziosa e volontaria ⁸⁶). Egli esercita quindi, come dice il nostro autore, una *iurisdictio mandata*. Dai giudizi di reggimento sono tuttavia da distinguere i giudizi superiori o giudizi generali militari cui presiede il generale feldmaresciallo, sebbene possa essere rappresentato da altro generale, specialmente se la causa non sia di grande importanza ⁸⁷). Gli assessori vengono scelti qui fra i generali, luogotenenti generali, maggiori generali, brigadieri, colonnelli, ecc. ⁸⁸). Il processo è diretto dall'auditore generale che in tali giudizi partecipa con voto deliberativo ⁸⁹). A questi giudizi sono sottoposti in via ordinaria i generali, i brigadieri, i colonnelli, luogotenenti colonnelli, i maggiori e tutto ciò che si riferisce al grado di generale. Riguardo ai giudizi inferiori, essi costituiscono invece l'altra o superiore istanza, alla quale possono pervenire mediante appello le cause dei soldati, che hanno la loro prima istanza ai tribunali inferiori ⁹⁰).

Ai tribunali militari pertanto non sono sottoposti soltanto

1. i soldati effettivi, che sono nei quadri (*in numeros relati*), ma anche
2. le reclute appena siano arrolate (*lecti tirones*), se anche non

⁸⁵) KNORRE, l. c. — KOCHS, *Kriegsrecht* § 734.

⁸⁶) MÜLLERS *Kriegsrecht* vol. 2 (Berlin 1789), pag. 200 seg. — KOCHS *Europ. Kriegsrecht* § 789. — Io. Wilh. de GOEBEL, *Diss. de praetore, quem institiarium bellicum, aut Auditorem vocant* (Helmst. 1732).

⁸⁷) KNORRENS *Kriegsprocess* 1 punto princ. §§ 4 e 5.

⁸⁸) KOCHS *Kriegsrecht* § 726.

⁸⁹) GOEBEL, cit. *Diss.* cap. III §§ 8 e 9. — KNORRE, 1 punto princ. § 6 e KOCH, § 786.

⁹⁰) KNORRENS *Kriegsprocess* 2 punto princ. § 2. — KOCHS *Europ. Kriegsrecht* § 753.

hanno prestato il giuramento alla bandiera. Veramente dicesi nel diritto romano ⁹¹⁾: *Qui non in numeris sunt, licet etiam lecti tirones sint, et publicis expensis iter faciunt, nondum milites sunt. Debent enim in numeros referri.* Ma in questo passo trattasi soltanto di chi può testare *iure militari*. Invero non è necessaria conseguenza che coloro i quali son soggetti ai tribunali militari partecipino anche agli altri privilegi e alle altre esenzioni dei soldati ⁹²⁾. Inoltre

3. coloro che, oltre i soldati, hanno uffici nell'armata o nel reggimento, cioè i predicatori militari, gli auditori, i segretari, i commissari di guerra, i medici, i barbieri militari, i farmacisti militari, ecc. ⁹³⁾. Parimente

4. coloro che in altra guisa seguono l'esercito, se anche non fruiscono di alcun ingaggio come volontari, vivandieri, ecc. ⁹⁴⁾. Finalmente

5. le mogli dei soldati, i figli, i servi degli ufficiali e i garzoni loro insieme alle mogli e ai figli ⁹⁵⁾. Quando però tutte le truppe vanno al campo, le mogli e i figli dei soldati, che rimangono nelle guarnigioni, sono soggetti ai tribunali civili del luogo dove dimorano finchè le truppe non ritornano e sono allora sottoposte ai tribunali militari soltanto quelle mogli di soldati, le quali seguono l'armata ⁹⁶⁾. Anche le vedove dei soldati morti in servizio conservano il fôro del loro marito finchè non mutano il loro stato ⁹⁷⁾ a).

⁹¹⁾ L. 42 D. *de testam. milit.* [29 1].

⁹²⁾ LUDOVICI, *Kriegsprozess* cap. 2 § 10. — KNORRENS *Kriegsprozess* 2 punto princ. §§ 1 e 3.

⁹³⁾ LUDOVICI, cap. II §§ 8 e 9. — KOCH, § 952.

⁹⁴⁾ LEYSER, *Meditat. ad Pandect. Specim.* LXXV *medit.* II. — KNORRENS *Kriegsprozess* 2 punto princ. §§ 1 e 2.

⁹⁵⁾ KNORRE, 2 punto princ. § 12. — QUISTORPS *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts* § 585 pag. 23.

⁹⁶⁾ GNÜGENS *Kriegsrecht* § 725 nota g. — KOCHS *Europ. Kriegsrecht* § 757.

⁹⁷⁾ GNÜGE, § 725 nota h i. — KNORRE, l. c. § 12. — de CRAMER, *Observation. iur. univ.* tom. III *Obs.* 960.

a) Nel nostro diritto si richiede che il cittadino sia effettivamente e definitivamente arruolato perohè divenga militare. Così ha deciso anche la nostra giurisprudenza. Secondo l'art. 328 del *Cod. pen. mil.* sono soggetti alla giurisdizione militare: 1.° tutti i militari appartenenti all'esercito di qualunque grado, tanto in servizio attivo che sedentario (purchè in attività di servizio, articoli 324-25); 2.° gli ufficiali in disponibilità o in aspettativa; 3.° gl'invalidi incorporati; 4.° tutti gl'individui che sono per prov-

Se taluno, prima di esser entrato nella carriera militare, sia stato citato davanti ad un altro tribunale o trattovi per la cognizione di un reato, la causa deve esser condotta a termine e decisa colà dove incominciò e a cagione della litispendenza non ha luogo riguardo a quella il privilegio del fòro militare. ULPIANO ⁹⁸⁾ lo dice espressamente. *Si quis*, dicono le parole tolte dal *lib. 7 ad edictum, posteaquam in ius vocatus est, miles vel alterius fori esse caeperit, in ea causa ius revocandi forum non habebit, quasi praeventus*. Appunto tale è la decisione degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO ⁹⁹⁾ quando dicono: *Qui libellum accepit, etiamsi in aliud officium translatus sit, miles forte vel clericus factus, respondeat omnino in primo foro, quod secundum primam eius conditionem censetur competens, nullam habens fori praescriptionem*. E per ciò che specialmente si riferisce ai delitti, dice PAOLO *lib. 5 Sententiarum* ¹⁰⁰⁾: *Qui metu criminis, in quo iam reus fuerat postulatus, nomen militiae dedit, statim sacramento solvendus est*. Ciò che qui è detto riguardo ai delitti ha luogo anche quando taluno a cagione di un processo ha intrapreso il servizio militare soltanto con lo scopo di render più difficile la causa all'attore. In tal caso si deve dare il congedo al soldato, come in quello che siasi fatto arrolare con l'intenzione di sottrarsi alla pena. *Non omnis*, dice ARRIO MENANDRO ¹⁾ *lib. I de re militari, qui litem habuit et ideo militaverit, exactorari iubetur; sed qui eo animo militiae se dedit, ut sub obtentu militiae pretiosorem se adversario faceret*. Secondo un certo rescritto dell'imperatore TRAIANO non deve aver luogo esibizione alcuna al precedente tribunale criminale soltanto nel caso che taluno fosse già stato inquisito a cagione di un delitto capitale ed egli sia entrato nel servizio militare solo con la intenzione di sottrarsi al

⁹⁸⁾ L. 7 D. *de iudiciis*.

⁹⁹⁾ L. 4 § 1 C. *de in ius. voc.* [2 2].

¹⁰⁰⁾ L. 16. D. *de re militari* [49 16].

¹⁾ L. 4 § 8 D. *de re militari*. Si veda *Celest. MIRBELLI, Commentar. ad fragmenta legum Arrii Menandri de re militari* pagine 39 seg. (edit. Lipsiens 1752, 4).

vedimento organico assimilati ai militari; 5.° i disertori; 6.° i militari che stanno scontando le pene della reclusione militare o del codice militare.

La giurisdizione continua anche se il reato commesso dal militare fu scoperto dopochè egli ha cessato di appartenere alla milizia.

tribunale e alla pena meritata. In questo caso il tribunale militare deve infliggere al soldato la pena comminata ²⁾.

È fuori dubbio che anche i soldati in licenza conservano il loro foro privilegiato ³⁾, purchè non vi sia un'eccezione in leggi provinciali, ad esempio nella Sassonia elettorale ⁴⁾. Invece gli ufficiali e i soldati congedati non possono più accampare alcuna pretesa ad un foro privilegiato, e così per le cause civili come per le criminali sono sottoposti all'ordinaria magistratura del luogo che hanno scelto per loro domicilio ⁵⁾, semprechè le leggi speciali del paese non dispongano diversamente, come, per esempio, ciò è a dire nei paesi dell'Hannover per gli ufficiali superiori che sono in pensione ⁶⁾. Tuttavia anche il soldato congedato rimane pienamente soggetto al tribunale militare per il rendimento di conti, a cui tuttora sia obbligato a caglione del fatto servizio militare ⁷⁾.

La giurisdizione dei tribunali militari è fondata tuttavia soltanto riguardo alle azioni personali di coloro che vi sono sottoposti ⁸⁾. Se vengano promosse contro un soldato azioni tali che scaturiscono da un diritto reale, devonsi esercitare *in foro rei sitae*, quantunque per la citazione sia d'uopo requisire i tribunali militari ⁹⁾. Ma per le azioni personali dei soldati non si fa alcuna distinzione, siano esse

²⁾ L. 4 § 5 D. *de re militari*. — Io. Aug. BACHII, *Trajanus s. de legibus Trajani Imp. Commentar.* pag. 195, e MIRBELLI, *Commentar. cit. ad fragmenta Arrii Menandri* pag. 33.

³⁾ QUISTORPS *Grundsätze des P. R.* parte II § 585 pag. 88. — TITTMANN'S *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft* § 397. *Codice gener. per gli Stati prussiani* parte II tit. 10 §§ 9 e 10.

⁴⁾ PÜTTMANN, *Comm. de foro militum extraordinario*, nei suoi *Adversar. iur. univ.* lib. II cap. 19 pag. 163. — PUFENDORF, *Process. crim. Luncb.* cap. V § 12 pag. 13. — Io. Christ. GREILICH, *Diss. de competentia iudicis ordinarii in puniendis militum delictis* (Giessae 1762).

⁵⁾ L. ult. Cod. *de Veteran.* [12 47]. — MEVIUS, parte III *Decis.* 72. — LUDOVICI, *Kriegsprozess* cap. 2 § 26. — QUISTORP, nei cit. *Grundsätze* parte II § 585 pag. 89.

⁶⁾ *Fried. von BULOWS u. Theod. HAGEMANN'S praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit* vol. 1 num. XXXI. — KNORRENS *Kriegsprozess* 2 punto princ. § 13.

⁷⁾ L. 2 Cod. *ubi de ratiocin.* [3 21].

⁸⁾ KNORRE, 3 punto princ. § 10.

⁹⁾ LUDOVICI, *Kriegsprozess* cap. 3 § 7. — KNORRE, 2 punto princ. § 9.

civili o criminali. Spettano ai tribunali militari non solo le liti dei soldati, supposto sempre che essi siano i convenuti, ma anche gli atti di volontaria giurisdizione, per esempio, quando ricercasi una conferma giudiziale per una compera, un mutuo o altro contratto, o quando siano consegnati testamenti e codicilli ¹⁰⁾. Riguardo alle cause criminali dei soldati, veramente il nostro autore è d'avviso che un soldato pei delitti comuni, che non hanno alcuna relazione con lo stato suo, debba riconoscere il *forum delicti* e in tal caso la ordinaria magistratura non sia in obbligo di esibire il delinquente. Ma questa opinione, sebbene si possa dimostrare col diritto romano ¹¹⁾, non è conforme all'odierna giurisprudenza forense, secondo la quale i soldati sono sottoposti ai loro tribunali militari per tutti i delitti, sia militari, sia comuni ^{12) a)}. Finalmente per ciò che riguarda le cause ecclesiastiche dei soldati, i tribunali militari non possono arrogarsi di deciderle nei paesi cattolici. Ma siccome ai principi evangelici spetta il potere ecclesiastico nei loro paesi, così dipende totalmente dal loro arbitrio se vogliono rilasciare la cognizione delle cause ecclesiastiche ai tribunali militari o rimetterle agli ordinari concistori o istituire appositi tribunali militari e concistori ¹³⁾.

¹⁰⁾ KNORRENS *Kriegsprocess* 3 punto princ. § 11. KOCHS *Kriegsrecht* § 768.

¹¹⁾ Herm. OOSTERDYK, *Diss. ad fragmenta, quae ex Venuleji Saturnini libris de officio Proconsulis supersunt*. cap. II § 2 (in Ger. OELRICHS, *novo Dissertat. iurid. Belgicar.* vol. I tom. II pag. 475). — Ant. MATTHAEI, *de criminib.* lib. 48 tit. 13 num. 12.

¹²⁾ *Decr. imper.* del 1641 § 47. — LUDOVICI, *Kriegsprocess* cap. 3 §§ 10 e 11. — LEYSER, *Specim.* LXXV medit. 9 e 10. — de BOEHMER, *Observat. select. ad Carpsovium* Qu. CX Obs. 15. — KNORRE, *Kriegsproc.* 3 punto principale §§ 12-14. — Joh. Gottl. LAURENZ, *Abhandl. von der Jurisdiction gegen verbroehende Soldaten* (Gotha 1742) cap. 5. — QUISTORPS *Grds. des peinl. Rechts* parte II § 585 p. 87. — AYREB, *Dissertat. de foro militis delinquentis* (Goet. 1762). — KOCHS, *Kriegsrecht* § 770. — MALBLANC, *Consp. rei iudiciar.* § 129.

¹³⁾ KNORRENS *Kriegsprocess* 3 punto princ. § 1.

a) Al nostro diritto corrisponde adunque per le cause criminali, cui la giurisdizione militare è limitata, l'opinione di HELLFELD. Anzi la determinazione dei reati cui quella giurisdizione estendesi, è fatta dal legislatore in apposito Codice; la giurisprudenza molto saviamente ha deciso che i tribunali militari sono di loro natura giudici di eccezione e per ciò non possono conoscere che dei reati che la legge loro deferisce espressamente, sottraendoli all'ordinaria giurisdizione.

§ 526.

Fôro dei ministri e consiglieri del Principe e degli ufficiali di corte a).

V. Parimente godono di una esenzione dalla ordinaria giurisdizione i consiglieri del Principe e gli altri pubblici ufficiali dello Stato, come specialmente le persone appartenenti al seguito della corte. I primi son soggetti ai superiori tribunali del paese; ma ciò vale soltanto pei consiglieri effettivi e per gl'impiegati dello Stato ¹⁴). I semplici ufficiali titolari, che non rivestono alcun ufficio pubblico, non hanno propriamente alcun fôro privilegiato, ma sono sottoposti alla comune giurisdizione del luogo ove dimorano ¹⁵), in quanto le speciali leggi del paese, come, per esempio, negli Stati prussiani ¹⁶) non abbiano accordato loro un'esenzione da essa. Riguardo ai loro immobili son tuttavia sottoposti al *forum rei sitae*, se pure le leggi del paese non abbiano esteso anche a ciò la esenzione ¹⁷).

Al contrario le persone appartenenti al seguito della corte sono soggette all'ufficio del maresciallo di corte. Questi esercita la giurisdizione che gli compete, in unione ad alcune altre persone di corte e di uno o più giureconsulti, non solo in materie attinenti al servizio, ma anche d'ordinario nelle altre cause personali degli adetti alla corte, le quali possano essere trattate sommariamente ¹⁸).

¹⁴) LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. II *Specim.* LXXIX *medit.* 1 e 2. — MARTINS *Lehrbuch des gemeinen bürgerlichen Processes* § 35. — TITTMANN'S *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft* § 394.

¹⁵) *Frid. Es. a PUFENDORF, Animadvers. iuris.* num. XV § 3 pag. 30. — QUISTORP, *Grds. des peinl. Rechts* parte II § 586. Di altra opinione sono tuttavia KRESS, *de iure officiorum et officialium* cap. IV § 5 pagine 78 seg., e MEISTER, *Peinlich. Process.* parte V 13 punto princ. § 54 pag. 715.

¹⁶) *Ordinam. giud. gener. per gli Stati prussiani* parte I tit. 2 § 53.

¹⁷) RICCIUS *von Stadgesetzen* lib. 2 13 punto princ. § 8.

¹⁸) *Io. Ant. KÜHN, Diss. de iurisdictione mareschallorum. S. R. I.* (Erfordiae 1738). — *Carl. Fried. von MOSER deutsches Hofrecht* vol. 2 lib. 12 cap. 2 §§ 1, 13-15. — MALBLANK, *Conspect. rei iudiciariae* § 130. — HOMMEL, *Rapsod. quaest. for.* vol. VII *Obs.* 730.

a) Per la storia del diritto italiano cfr. PERTILE, VI pag. 151 seg.

Se, al contrario, in cause penali o civili degli addetti a corte, un caso si presenti spettante al processo ordinario, l'ufficio del maresciallo di corte, compiuta la prima indagine, dee farlo pervenire a quel collegio, cui la causa compete secondo la sua natura ¹⁹⁾. Se muoia un addetto a corte, spetta all'ufficio ricordato l'apposizione dei sigilli e l'inventario dell'eredità. Esso può anche decidere le contese che sorgano per avventura intorno alla eredità o per lo meno istruirle per la decisione. Anche la vedova e i figli del defunto restano soggetti al fóro del maresciallo di corte, almeno sino a tanto che non si siano scelto un proprio stato, tale che li sottoponga ad altra giurisdizione; esso cura quindi la tutela dei minori, se pure secondo la costituzione del luogo le materie tutelari non siano deferite ad una speciale autorità giudiziaria ²⁰⁾. In genere per precisare i limiti della giurisdizione del maresciallo di corte, si deve tuttavia aver riguardo principalmente alle ordinanze di corte, alle leggi e all'uso di ciascun paese ²¹⁾.

Addizione.

Oltre a questi fóri privilegiati che il nostro autore ricorda, ve ne hanno alcuni altri pure, che qui debbono essere aggiunti. Di un fóro privilegiato così per le cause civili come per le penali fruisciono anche

VI. tutte le persone appartenenti ad amendue i sommi tribunali dell'impero in un con le loro mogli, i figli e i servi, che notoriamente non sono soggetti al fóro comune del luogo, ma, come tutte le altre persone immediatamente addette allo Stato, solo a quel supremo tribunale di cui sono membri o dinanzi a cui personalmente trattano cause spettanti ai tribunali dell'impero, non ad altra giurisdizione ²²⁾. Quindi

1. le persone del tribunale camerale insieme alle loro mogli, ai figli, ai domestici, come i praticanti, le parti, i sollecitanti che in-

¹⁹⁾ MOSER, l. c. § 16.

²⁰⁾ MOSER, l. c. §§ 6 e 7 pag. 808.

²¹⁾ MOSER, § 12 e MALBLANC l. c. pag. 250.

²²⁾ Vedi PÜTTERS *auserlesene Rechtsfälle* vol. I *Deduct.* I § 3 num. 8 seg. pagine 5 seg.

trattengonsi nella sede del tribunale camerale, mediante apposite leggi imperiali, sono espressamente esentati da ogni altra giurisdizione e sottoposti perciò soltanto a quella del tribunale camerale²³⁾. Pertanto dinanzi a questo supremo tribunale è da promuovere non solo ogni e qualsiasi azione contro persone camerali, anche per quei negozi che le medesime contrassero fuori del luogo del tribunale²⁴⁾ (eccezzuate solo quelle azioni reali che riguardo agli immobili situati sotto una giurisdizione territoriale fuori del luogo del tribunale possono come tali esser promosse pure presso altri tribunali provinciali)²⁵⁾; ma anche per la cognizione e punizione dei delitti loro è competente soltanto il tribunale camerale dell'impero²⁶⁾. Se tali persone abbiano commesso un delitto in un territorio appartenente agli stati dell'impero, vogliono veramente gli stati dell'impero arrogarsi in tali casi una giurisdizione su di loro. Ma anche in questi il tribunale camerale ha cercato, più che gli è stato possibile, di far valere la sua giurisdizione privilegiata²⁷⁾. Da questa esclusiva giurisdizione del tribunale camerale non sono eccezzuate neppure le persone della cancelleria, quantunque all'arcicancelliere dell'impero riguardo al disimpegno dell'ufficio delle medesime, spetti il diritto di cognizione e di punizione che può estendersi sino ad una rimozione²⁸⁾. Per le cause ecclesiastiche e matrimoniali è da osservare tuttavia che le persone camerali cattoliche sono soggette alla giurisdizione dell'arcivescovo di Treviri, le protestanti alla sezione

²³⁾ Tenore dell'ord. giudiz. camer. parte prima tit. 63 § 1. *Decret. imper. del 1654* § 141. — MALBLANKS *Anleitung zur Kenntniss der teutschen Reichs- und Provinzial- Gerichts- und Kansleyverfassung* parte I § 147 pagine 267 seg. — von BERGK, *Grundriss der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis* § 115.

²⁴⁾ TAFINGER, *Institut. iurisprud. cameral.* § 458.

²⁵⁾ MOSER, *von der teutschen Justisverfassung* parte II pag. 587.

²⁶⁾ MALBLANK nella cit. *Anleitung* parte I § 149 pag. 277 seg.

²⁷⁾ *Ord. giud. cam.* parte I tit. 26 § 5. Tenore dell'ord. giud. cam. parte I tit. 39 §§ 6 11 12. — Io. Steph. PUTTER, *Diss. de foro delinquentis officialis Cancellariae in supremo Camerae Imp. iudicio* (Goettingae 1762) (nei suoi *Opuscul. rem iudiciar. Imp. illustr.* num. X pagine 396 seg.). — MOSERS *Staatsarchiv* vol. II (1754) p. 96 seg. e MALBLANK nella cit. *Anleitung* parte I § 147 num. II pag. 269 seg.

²⁸⁾ MOHL, *System der Gerichtsbarkeit des kaiserlichen und Reichskammergerichts* § 97.

evangelica del tribunale camerale, cui spettano qui i diritti concistoriali ²⁹⁾. Del resto, s'intende da sè che i praticanti, le parti, i sollecitanti godono di questo fòro privilegiato soltanto durante la loro dimora nel luogo del tribunale e per i negozi conclusi ivi, in quanto al tempo della promossa azione siano trovati ivi ³⁰⁾. In egual modo sono privilegiate

2. le persone appartenenti al consiglio aulico dell'impero, sopra le quali, come sulle loro mogli, sui loro figli e i rimanenti, segretari servi, domestici che convivono con loro, esercita esclusiva giurisdizione il consiglio stesso ³¹⁾. Soltanto le persone della cancelleria son soggette alla giurisdizione del principe elettorale di Magonza e del suo rappresentante, vicecancelliere dell'impero ³²⁾. Il fòro privilegiato delle persone appartenenti al consiglio aulico dell'impero non è fondato soltanto in cause d'ufficio, ma anche in tutte le altre loro cause personali, sì civili, sì penali ³³⁾. Questo supremo tribunale provvede pure alle pubblicazioni dei testamenti lasciati dalle ricordate persone, alle apposizioni dei sigilli ed all'inventario delle loro eredità, alle divisioni di queste, alla istituzione e all'esercizio delle tutele sui loro figli ³⁴⁾. Per ciò che si riferisce alle cause ecclesiastiche e matrimoniali di queste persone, quelle dei cattolici appartenenti al consiglio aulico dell'impero son rimesse alla sede arcivescovile, quelle degli evangelici son trattate dal consiglio stesso ³⁵⁾. Anche è da osservare che hanno lo stesso fòro tutti gli straordinari agenti che sono investiti di pieni poteri presso il consiglio aulico dell'impero, insieme

²⁹⁾ MOSERS *teusche Justizverfassung* parte II pag. 536. — TAFINGER, *Instit. iurispr. camer.* § 460. — MALBLANK, l. c. § 150 pagine 279 seg. — MOHL, l. c. § 98. — von BERGK, cit. *Grundriss* § 115.

³⁰⁾ BLUM, *Proeess. Camer.* tit. 26 § 27. — MOSER, l. c. pag. 575. — MALBLANK, l. c. § 147 num. IV pag. 275.

³¹⁾ *Ordin. del cons. aulico dell'imp.* tit. I § 8. *Capitol. dell'imp.* art. 25 § 7. — MALBLANK, cit. *Anleitung zur Kenntniss der deutschen Gerichtverfassung* parte III § 72.

³²⁾ MOSERS *von der t. Justizverf.* parte II pag. 101. — MALBLANK, *Anleitung* parte III § 184.

³³⁾ MALBLANK, l. c. § 74 pagine 173 seg.

³⁴⁾ *Capitolaz.* art. 25 §§ 6 e 7. — MOSERS *Justizverfassung* parte II pag. 83. — PÜTTERS *auserles. Rechtsfälle* parte I *Deduct.* I §§ 4 e 5.

³⁵⁾ MOSERS *Justizverf.* parte II pag. 181. — MALBLANK, l. c. § 74 num. III pag. 174.

coi loro appartenenti ³⁶⁾, tutte le parti di alta ed inferiore condizione che trattengono nel luogo di quel consiglio insieme ai loro appartenenti ³⁷⁾, tutti i deputati e sollecitanti e anche gli ambasciatori delle parti insieme coi loro appartenenti ³⁸⁾.

VII. Anche gli ambasciatori degli Stati dell'impero tedesco non possono essere convenuti, per tutto il tempo che hanno tale qualità, dinanzi ai tribunali del paese dove sono stati mandati, ma insieme al loro seguito riconoscono soltanto come loro giudice il principe che gli ha inviati ³⁹⁾. Lo stesso è a dire di quegli ambasciatori che trovansi alla dieta dell'impero ed alle diete degli Stati o che sono accreditati alla corte imperiale. Imperocchè sebbene riguardo agli ultimi la cosa fosse dapprima molto controversa, poichè in parte pretendeva di esercitare la giurisdizione sopra di loro il maresciallo della corte imperiale, in parte il consiglio aulico dell'impero ⁴⁰⁾, tuttavia la controversia fu notoriamente decisa mediante la capitolazione dell'impero a favore degli Stati imperiali. Ivi infatti dicesi espressamente ⁴¹⁾: che anche gli ambasciatori degli Stati, i residenti, gli agenti di affari e loro appartenenti che non siano specialmente legittimati per processi che pendono dinanzi al consiglio aulico dell'impero, sono e rimangono intieramente esenti da ogni giurisdizione, non solo del maresciallo di corte e di tutte le magistrature ereditarie del paese, ma anche della corte imperiale. Se tuttavia gli ambasciatori si rendono colpevoli di un delitto verso lo Stato o il suo reggente, da cui

³⁶⁾ MOSERS *Abhandl. verschiedener Rechtsmaterien* sez. 2 pag. 516.

³⁷⁾ MOSERS *R. Justisverfassung* parte II pag. 146.

³⁸⁾ MOSERS parte II pag. 164. — MALBLANK, *Anleitung* parte III § 72 pagine 168 seg.

³⁹⁾ Corn. von BYNCKERSHOEK, *Diss. de foro competente legatorum* (tom. II oper. pagine 121 seg.). — Christ. Heintz von RÖMER, *Versuch einer Einleitung in die Grundsätze über die Gesandtschaften, und die ihnen zukommenden Rechte* sez. 13 pagine 312 seg. e Ge. Fried. von MARTENS *Einleitung in das positive Europäische Völkerrecht* lib. 7 5 punto princ. §§ 213 seg.

⁴⁰⁾ Carl. Fried. TREITSCKE, *Versuch einer Bestimmung und Beantwortung der Frage: Ob die am kaiserlichen Hofe residirenden Reichsständischen Gesandten der Gerichtsbarkeit des Reichs-Hofrats unterworfen sind?* (Leipzig 1777, 8). — MOSERS *Abh. erwiesene Freyheit der Reichsständischen Gesandten von der Reichshofrätlichen Jurisdictionssperre* (Nelle memorie su diverse materie giuridiche sez. 2 pagine 554 seg.) e MALBLANK nella cit. *Anleitung* pag. 3 § 73.

⁴¹⁾ Art. XXV § 7.

sono ricevuti come ambasciatori, possono senza dubbio essere trattati come nemici qualora non venga procurata alcuna soddisfazione da parte del loro principale ⁴²). È questa un'auto-difesa che si basa sul dovere che ogni reggente ha verso la conservazione propria e quella del suo Stato ⁴³).

Si può pure pensare il caso che un ambasciatore per la sua persona, già prima di rivestire quella sua qualità, fosse suddito dello Stato e del reggente che lo riceve. Qui è certo che quel reggente il quale riceve un proprio suddito alla sua corte come ambasciatore di un altro Stato, non gli accorda con ciò una esenzione dal fôro riguardo ai suoi atti privati e che quindi egli, riguardo a questo, conserva inalterato il suo fôro precedente ⁴⁴). Ma siccome l'ambasciatore, secondo il suo carattere essenziale, rappresenta lo Stato che lo invia, la giurisdizione del reggente che lo accoglie, non può in alcun caso estendersi agli atti pubblici propri di un ambasciatore, poichè la esenzione, riguardo a questi, è inseparabile dal carattere di ambasciatore ⁴⁵). Ciò vale anche pel caso che l'ambasciatore volontariamente riconosca la giurisdizione del reggente che lo accoglie; il che riguardo ai suoi rapporti privati gli è pienamente concesso ⁴⁶). Siccome poi soltanto *vi admissionis* hanno gli ambasciatori il diritto di esser considerati indipendenti dalla suprema autorità dello Stato presso il quale trovansi ⁴⁷), ne segue che negli altri Stati nei quali soltanto viaggiano o in altra guisa trattengono, non spetta loro in alcun modo tale estraterritorialità, come appellasi tal qualità degli ambasciatori, ma piuttosto insieme al loro seguito sono obbligati, al pari di ogni altro, a riconoscere gli speciali fôri, per esempio, del commesso delitto, della conclusione del contratto, del-

⁴²) Memoria di JAGER, *Ob ein Souverain berechtigt sei, fremde Gesandten arretiren zu lassen?* (in SCHOTTS *jurist. Wochenblatt* anno 1 pagine 157 seg.). — PÜTTMANN, *Elem. iur. crim.* § 744. — TITTMANN'S *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft* § 393. — DANZ, *Grds. des gen. ordentl. bürgerl. Processes* § 34 pag. 95.

⁴³) von RÖMER, *Gesandtschaftsrecht* sez. 13 §§ 7 8 e 28.

⁴⁴) von RÖMER, l. c. § 16.

⁴⁵) von RÖMER, l. c. §§ 10 e 11. — KLEINS *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft* § 588.

⁴⁶) von RÖMER, l. c. §§ 17-20.

⁴⁷) *Lud. Conr. SCHROEDER, Elem. iur. natur. social. et gent.* § 1108.

l'imposizione dell'arresto o del sequestro, ecc. ⁴⁸⁾. Finalmente ha pure

VIII. la nobiltà un fòro privilegiato. Perchè

1. per ciò che riguarda la immediata nobiltà dell'impero (*der unmittelbare Reichsadel*), essa è soggetta ai supremi tribunali dell'impero ⁴⁹⁾. Se venga convenuto un cavaliere dell'impero da un immediato dipendente dell'impero, quegli deve pure fruire della istanza di conciliazione, può, cioè proporre all'attore o tre principi od assimilati a questi, da cui vuole essere giudicato e l'attore deve sceglierne uno: o può implorare dall'imperatore la nomina di una Commissione per la giudiziale trattazione della causa ⁵⁰⁾. Se venga convenuto al contrario da un mediato dipendente dell'impero, è in facoltà dell'attore di chiamarlo in giudizio dinanzi al Direttorio del luogo, oppure in prima istanza dinanzi ai supremi tribunali dell'impero ⁵¹⁾. È tuttavia molto controverso se un immediato dipendente dell'impero che appartenga alla nobiltà, commettendo un delitto in territorio degli Stati dell'impero, sia soggetto al *forum delicti* o sia competente per la giurisdizione il consiglio aulico dell'impero. Gli Stati dell'impero sostengono la prima massima; i cavalieri dell'impero e il consiglio aulico la seconda. I motivi dell'una e dell'altra affermazione sono citati da KRETZ ⁵²⁾, MEISTER ⁵³⁾ e MALBLANK ⁵⁴⁾. Una più particolareggiata trattazione dei medesimi esce fuori dai limiti di questo commentario ⁵⁵⁾. Nulladimeno questo è fuori di dubbio che se un

⁴⁸⁾ QUISTORFS *Grds. des Peinl. Rechts* § 582 pag. 83. — DANZ, *Grds. des gemeinen ordentl. Processes* § 34 pag. 95.

⁴⁹⁾ Ios. Mar. SCHNEIDT, *Diss. de foro et instantiis nobilitatis immediatae germanicae in causis civilibus* (Wirceburgi 1790) e la *Kleine jurist. Bibliothek* del sig. cons. aul. KLÜBER, vol. 6 num. LXXXVI pagine 375 seg.

⁵⁰⁾ *Ordin. iudicis. cam.* parte II tit. 5.

⁵¹⁾ L. B. de CRAMER, *Observat. iur. univ.* tom. I *Obs.* 212. — SCHNEIDT, cit. *Diss. Sect. II* §§ 28 e 29 e Ioh. Ge. KERNER, *allgemeines positives Staatsrechtsrecht der unmittelbaren freyen Reichsritterschaft* (Lemgo 1789, 8) sez. 1 § 7 pagine 73 seg.

⁵²⁾ *Diss. de variis iurisdic. crim. in Germania generibus* *Obs.* 5 §§ 3-5.

⁵³⁾ *Ausführl. Abhandl. des Peinl. Processes* parte III punto princip. 10 §§ 39-42 pag. 384.

⁵⁴⁾ *Anleitung sur Kenntniss der deutschen Reichs- und Provinzial- Gerichts- und Kansleyverfassung* parte IV § 77 pagine 316 seg.

⁵⁵⁾ Si confronti del resto KNORRE, cit. *Staatsrechtsrecht der unmittelbaren*

cavaliere dell'impero trovasi al servizio di un altro Stato dell'impero e riguardo al suo ufficio si rende colpevole di un delitto, può esser chiamato a renderne conto e punito dal suo signore ⁵⁶⁾.

2. La nobiltà residente nel paese (*der Landsässige Adel*) al contrario per la sua persona è soggetta di regola ai tribunali superiori del medesimo ⁵⁷⁾. Ciò dipende tuttavia anzitutto dalla speciale costituzione e dalle particolari leggi di ogni paese ⁵⁸⁾. La presunzione sta sempre a favore della personale soggezione immediata (*Schriftsässigkeit*) della nobiltà: ed il motivo trovasi nell'antico principio tedesco della costituzione giudiziaria che ciascuno deve esser giudicato dai suoi pari ⁵⁹⁾. Per lo stesso principio anche i beni della nobiltà sono da ritenersi per soggetti immediatamente, sebbene in talune provincie di Germania abbiano luogo eccezioni ⁶⁰⁾ a).

§ 527.

Collegi di giudici.

Il giudice non è sempre una singola persona, potendo il tribunale risultare di più persone principali costituenti un collegio. In tal caso

freyen Reichsritterschaft sez. 2 § 29. — SIEBENKEES, *Beiträge zum deutschen Recht* parte IV num. III § 16 pag. 128. — HANZELY, *Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis* § 323.

⁵⁶⁾ QUISTORPS *Grds. des peinl. Rechts* parte II § 582. — DANZ, *Grds. des bürg. Processes* § 34 pag. 98.

⁵⁷⁾ RUNDE, *Grunds. des deutschen Privatrechts* § 394. — GROLLMANN'S *Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten* § 43 pag. 51.

⁵⁸⁾ MEISTERS *Ausführl. Abh. des peinl. Processes* parte V punto princ. 13 § 51 pagine 704 seg.

⁵⁹⁾ Io. God. BAUER, *Diss. de Schriftsässiatu personali* (in *Opuscul. tom. I* pag. 463). — DANZ, *Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts* vol. IV § 394. In Sassonia vien presunta nel dubbio la *Amtsässigkeit*. Vedi RICCIUS *vom Landsässigen Adel in Teutschland* parte II cap. 19 § 26 pagina 393. — WERNHER, *Observat. for. t. I* parte IV *Obs.* 17.

⁶⁰⁾ RUNDE, nei cit. *Grundsätze* § 409

a) Noi potremmo aggiungere a questi fôri speciali l'alta corte di giustizia che è pure molto interessante nel nostro diritto: ma riferendosi al gius penale e pubblico ci limitiamo a rimandare all'ampia e diligente monografia del NOCITO nel *Digesto ital. s. v. Alta Corte di giustizia*.

gli affari giudiziari vengono trattati in comune deliberazione sotto la presidenza di un direttore o presidente e la decisione presa a maggioranza di voti. Sorgono qui le seguenti questioni:

I. Come dee calcolarsi la maggioranza di voti quando i membri del collegio son di opinione differente? ^a). Di regola decide quel numero che costituisce più della metà dell'intero collegio. Se quindi questo è formato di dieci membri, debbono esser concordi almeno sei per ritener decisa la causa a maggioranza di voti. Questa regola non

a) Ecco le disposizioni del nostro Codice di procedura civile, tanto più necessarie, quanto più, come è noto, presso di noi, dal conciliatore e dal pretore infuori, si hanno tribunali collegiali. Per la storia dei tribunali collegiali presso di noi cfr. PERTILE, VI § 218.

La legge sull'ordinamento giudiziario stabilisce il numero dei giudici votanti nei tribunali di ogni grado. Esso è invariabilmente di tre nei tribunali civili e correzionali (*Leg. ord. giud.* art. 46), di cinque nelle Corti d'appello per le cause civili, di quattro nelle cause per gli appelli correzionali (art. 67), di sette per ciascuna sezione della Corte di cassazione e per le deliberazioni a sezioni unite di un numero dispari, non minore di quindici (art. 127).

Non possono concorrere alla deliberazione della sentenza se non quei giudici che hanno assistito alla discussione della causa (art. 357 *Cod. proc. civ.*). Se in un tribunale vi sia un numero di giudici maggiore di quello richiesto per giudicare si astengono i meno anziani. Quando però uno fosse il relatore voterà egli invece dell'ultimo che altrimenti avrebbe dovuto votare (*Regol. giud.* art. 264).

La deliberazione si fa in segreto con l'intervento dei soli votanti. Appartiene al presidente di formulare le questioni sulle quali il tribunale deve deliberare. Ogni giudice può tuttavia chiedere al presidente di mettere ai voti una determinata questione; se il presidente non aderisce, il tribunale delibera. Il presidente raccoglie i voti. Il primo a votare è il meno anziano in ordine di nomina e così continuando fino a chi presiede. Quando la relazione della causa sia fatta da uno dei giudici, il primo a votare è il relatore. Nessun giudice può esser interrotto nel momento in cui esprime il suo voto; il solo presidente ha diritto di richiamare alla questione da esso posta ai voti il giudice che se ne allontani. Nessuno dei votanti può manifestare, prima del suo turno, la propria opinione (art. 388 *Cod. proc. civ.* art. 262-63 *Reg. giud.*).

Presso di noi la maggioranza dei voti del collegio si calcola in modo assoluto secondo l'art. 359 *Cod. proc. civ.* Quando non si ottenga la maggioranza assoluta per la diversità delle opinioni, due di queste, qualunque siano, sono messe ai voti per escluderne una. La non esclusa è messa di nuovo ai voti con una delle opinioni restanti, per decidere quale debba essere eliminata; e così di seguito finché le opinioni siano ridotte a due, sulle quali i giudici votano definitivamente.

Vogliamo notare a proposito dei nostri tribunali collegiali una innovazione recata ad altri sistemi procedurali nell'art. 359 cap. ult. (Cfr. *Relaz. min.* § 35). Era costume anche in talune parti d'Italia prima del vigente Codice di procedura che il giudice relatore compilasse la sentenza ove pure avesse dissentito dalla maggioranza. Il Codice vigente non ammise « questa costrizione, dice il Ministro, che turba la coscienza del magistrato e compromette la bontà della sentenza ». Perciò, chiusa la votazione, spetta al presidente di designare tra i membri della maggioranza chi debba compilare la sentenza.

dà luogo alla più piccola difficoltà nel caso che si abbiano soltanto due diverse opinioni con un numero diseguale di voti; infatti dicono chiare leggi esser qui decisiva quella opinione che riporta maggior numero di voti. *Tres iudices si adsint*, dice CELSO ⁶¹⁾, *et unus contra sentiat, statur duorum sententiae*. Ma se tre o anche più diverse opinioni fossero state esternate e ciascuna di esse avesse trovato aderenti, sarebbe da calcolare qui pure la maggioranza di voti, secondo il maggior numero di tutti i membri del collegio o soltanto di quelli che aderiscono alla stessa opinione? Ciò è controverso fra i giureconsulti; nè il diritto romano offre una decisione in proposito. Il CUIACIO ⁶²⁾ crede quindi costituire la maggioranza quella opinione che conta più voti, piuttostochè una delle rimanenti, se anche tale maggioranza di voti non contenga esattamente i *maiora* dell'intero collegio. *Si ex septem iudicibus*, dice egli, *tres capite puniant, duo pecunia, duo exilio, gravior sententia, quae capite punit, cum sit potior numero duabus singulis, meo iudicio, magis obtinere debet. Nam quoties impares sententiae sunt, necesse est minoris numeri voces, etiamsi eae forsitan honore vel aequitate maiores, cedere numero maioribus*. Tuttavia a ragione ha già ricordato in contrario lo STRUBEN ⁶³⁾, che le sentenze richiedono i *maiora* del collegio e che a ciò non basta una maggioranza semplicemente relativa di voti; e questo è conforme anche alla analogia del diritto canonico ⁶⁴⁾. Se quindi di sei giudici, tre condannano il convenuto, due l'assolvono ed uno chiede che si prosegua nelle prove, non si è formata ancora una maggioranza per condannare il convenuto; richiedesi per ciò che almeno quattro degli assessori del tribunale abbiano votato per la condanna del convenuto, come è stato completamente dimostrato dal signor von LUDOLFF ⁶⁵⁾ e da ESTOR ⁶⁶⁾. Se pertanto i votanti rimangono nella

⁶¹⁾ L. 39. D. de re iudicata [7 52]. — Tob. Iac. REINHART, *select. Observat. ad Christinaei Decisiones*. vol. I Obs. 9.

⁶²⁾ *Observat. iur. Rom.* lib. XII cap. 16.

⁶³⁾ *Rechtliche Bedenken* parte III pens. LXXI § 2.

⁶⁴⁾ Cap. 48 X de elect. et electi potest. — ESTOR *Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses* parte III § 306.

⁶⁵⁾ *Observation for.* tom. III Obs. 300 Coroll. II pagine 512 seg.

⁶⁶⁾ *Anfangsgründe des gem. und Reichsprocesses* parte III § 307. Si veda pure Ant. FABER, *Ood. definit. for.* lib. I tit. VII *Definit.* 3 pag. 72.

loro opinione, per giungere a qualche decisione è d'uopo informare della causa il signore del luogo o debbono essere spediti gli atti ⁶⁷⁾).

II. Che cosa è a dire in diritto nel caso di una parità di voti e come può essere concepita qui una decisione? Il nostro autore dice che in tal caso ordinariamente il direttore o il presidente del tribunale hanno il voto decisivo ^{67 bis)}. Tuttavia ciò non si può affermare come regola, ma ha luogo soltanto quando deriva dal legale ordinamento del collegio ^{a)}. Così, per esempio, nel consiglio aulico dell'impero, il presidente ha un voto decisivo quando, dopo fatta la votazione, si verifica una parità di voti e questa non scompare mediante una ripetuta votazione; sebbene tal voto decisivo subisca alcune limitazioni in parte per i casi eccettuati nella pace di Westfalia, in parte per la presentazione più spesso necessaria di un parere all'imperatore ⁶⁸⁾. Al contrario nel tribunale camerale dell'impero non è concesso in cause di giustizia alcun voto decisivo al giudice camerale ⁶⁹⁾. Così nei collegi di giudici in Prussia, in caso di parità di voti, quello del presidente decide della causa ⁷⁰⁾. Tuttavia non si può dedurre dal diritto comune tal voto decisivo del capo di un collegio di giudici, come già Antonio FABRO ⁷¹⁾ ha dimostrato.

⁶⁷⁾ *Casp. ZIEGLER, Diastice Conclus. XLII § 52. — STRUBENS rechtliche Bedenken* parte III pens. 71 § 2 pag. 263.

^{67 bis)} Così ELSAESSER, *Theorie der Kanzleypraxis* § 23 [Nota fra la 67 e la 68 segnata dal GLÜCK con *].

⁶⁸⁾ MALBLANK *Anleitung sur Kenntniss der teutschen Gerichtsverfassung* parte III §§ 105 e 107. — HANZELY, *Grundlinien der Reichshofratspraxis* §§ 224 seg.

⁶⁹⁾ *Ge. Melch. de LUDOLFF, Observat. for.* tom. III pag. 567. — *Wilh. Aug. RUDLOFF, über die sogenannte entscheidende Stimme des Cammerrichters bei einer Stimmengleichheit der Beysitzer* (Hannover 1773, 4). — MALBLANK, *Anleitung* parte I §§ 208 e 209. — PÜTTERS *freymüthige Betrachtungen über die Senate am kaiserlichen und Reichs Cammergericht* §§ 50 seg. — von BERGK, *Grundriss der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis* § 142 in fine.

⁷⁰⁾ *Ordin. giudiziari. generale per gli Stati prussiani* parte III tit. 2 § 17 pag. 142.

⁷¹⁾ *Cod. Definition. for. lib. I tit. VII def. 2. Vedi pure VOET, ad cit. Pand. de re iudic. § 13.*

a) Presso di noi non esiste questo voto decisivo del presidente del collegio. Al pericolo di una parità di voti si pone rimedio fissando un numero dispari di votanti.

Nel diritto romano intorno al caso di una parità di voto dei giudici trovansi le seguenti notevoli disposizioni. PAOLO nel lib. XVII *ad Edictum* ⁷²⁾ dice: *Inter pares numero iudices si dissonae sententiae proferantur in liberalibus quidem causis, secundum quod a D. PIO constitutum est, pro libertate statutum obtinet: in aliis autem causis pro reo, quod et in iudiciis publicis obtinere oportet. Si diversis summis condemnent iudice: minimam spectandam esse JULIANUS scribit. MARCELLO applica la regola, posta qui in base ad una costituzione del divo PIO, nel lib. 3 *Digestorum* ⁷³⁾ ad un caso considerevole. *Si pars iudicantium, dice esso, de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet: humanius erit sequi eius partis sententiam, quae secundum testamentum spectavit, nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronunciaisse apparebit.* A spiegazione di quest'ultimo passo osservo soltanto che le liti relative ad eredità eran trattate e decise presso i Romani dal tribunale centumvirale ⁷⁴⁾. Questo era uno dei più eccellenti tribunali dove il pretore aveva la presidenza e constava di 180 assessori ^{a)}, che dividevansi in quattro senati (*consilia*) ⁷⁵⁾. In questi i *decemviri litibus iudicandis* facevano la trattazione e raccoglievano pure i voti; eran quindi gli aiutanti del pretore nel tribunale centumvirale e i suoi rappresentanti in assenza di lui ⁷⁶⁾. Quando pertanto due con-*

⁷²⁾ L. 38 D. *de re iudicata* [42 1].

⁷³⁾ L. 10 D. *de inofficioso testam.* [5 2].

⁷⁴⁾ VALERIUS MAXIMUS, lib. VII cap. 7 *Ex. 1 Cum improbissimis heredibus de paternis bonis apud Centumviros contendit, omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit. Adde L. 13 et 17 D. de inoff. testam.* [V 2]. L. 76 pr. D. *de Legat.* III [32] ·L. ult. *Cod. de petit. heredit.* [3 31]. *Sibr. Tetard.* SICCAMA, *de iudicio centumvirali* lib. II cap. 5, e *Car. Frid. ZEPERNICK, Disquisit. de causis centumviralibus* (in *Sylloge Opusculor. SICCAMAE, libro adjunct. num. V pag. 230*).

⁷⁵⁾ PLINIUS, lib. V, *Epist.* 21. *Hoc facto Nepotis commotus Praetor, qui centumviralibus praesidet, etc.* lib. VI *Epist.* 33. *Sedebant iudices centum et octoginta; tot enim quatuor consiliis conscribuntur.* Innanzi ai tempi degli imperatori si limitava il numero dei giudici centumvirali solo a 105. SICCAMA, *de iudicio centumvir.* lib. I cap. 8 *et ad Eundem ZEPERNICK, nota h pag. 70.*

⁷⁶⁾ *Io. Fried. Theod. ROLLE, Historia iuris. civ. de adessoribus magistratum Romanorum* (Lipsiae 1787) cap. II § 7. Il mio Commentario parte 3 § 190 (Ediz. ital. lib. II pag. 49 seg.).

a) Il numero totale dei centumviri ai tempi di Plinio fu forse maggiore di 180. Cfr. HARTMANN, *Der. Ord. judicior. und die Judicia extraord.* I (*erg. und herausg. von UBBELOHDE, Götting, 1886*) pag. 313 nota 35.

silia erano favorevoli, due contrari al testamento, presentavasi qui quella parità di voti che MARCELLO ricorda. Che pertanto qui il pretore, come presidente del tribunale, abbia avuto un voto decisivo non si trova mai; si vero MARCELLO dice che, conforme alla equità, si ha per decisiva quella opinione che è favorevole al testamento ⁷⁷). Ciò del tutto conformemente alla costituzione del divo PIO, secondo la quale, in caso di parità di voti, si deve decidere a favore del convenuto ⁷⁸). Che questo sia stato ritenuto anche innanzi ai tempi dell'imperatore Pio non si può dimostrare. È più verosimile che il pretore in caso di una parità di voti abbia potuto costringere i giudici centumvirali a ponderare di nuovo esattamente la causa controversa e finalmente ad unirsi intorno ad una precisa decisione ⁷⁹). Ciò fu pertanto mutato mediante quella costituzione di ANTONINO, seconda la quale, come MARCELLO osserva, in caso di parità di voti si deve decidere a favore del testamento.

Con queste disposizioni del diritto romano concorda pienamente il canonico. In una costituzione di papa GREGORIO IX si dice espressamente ⁸⁰): *Duobus iudicibus, ut accepimus, diversas sententias proferentibus, si ex iurisdictione ordinaria processerunt, tenet pro reo, non pro actore sententia: nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote, seu testamento, pro ipso fuerit promulgata. Si vero ex delegata potestate: utraque pendet sententia ex arbitrio delegantis. Quodsi ex compromisso: neutra debet habere vigorem.*

Di qui derivano le seguenti massime del diritto comune, le quali applicansi se si presenti una parità di voti.

I. Se la causa da decidere, nella quale i voti dei giudici dividonsi in pari numero, sia specialmente favorita dalle leggi, nel dubbio

⁷⁷) SICCAMA, *de iudic. centumv.* lib. I cap. 12 concorda intieramente in ciò. Egli dice citando la parola di MARCELLO: *Quod ita interpretor, si pars una Centumvirorum (id est, duo consilia) contra testamentum, pars altera (id est, alia duo consilia) secundum testamentum pronunciaverint, quia pares sententiae sunt, sequendam esse eius partis sententiam, quae testamentum totum habuit.*

⁷⁸) Si veda specialmente CUIACIUS *Observat.* lib. X cap. 20.

⁷⁹) Così accadeva almeno nelle cause di libertà che pure spettavano al tribunale centumvirale. L. 30 D. *de liberali causa* [40, 12]. Specialmente giova qui leggere le eleganti osservazioni del signor Direttore ZEPERNICK a SICCAMA lib. II cap. 7 nota a p. 157 seg.

⁸⁰) Cap. 26 X *de sentent. et de re iudicata.*

si prende norma da quella opinione che più corrisponde a questo favore legale. Quindi in caso di dubbio è da decidere a favore del matrimonio, della dote ⁸¹⁾, della libertà ⁸²⁾, del testamento ⁸³⁾, non però del fisco ⁸⁴⁾.

II. Se la causa non sia favorita dal diritto, si deve sentenziare a favore del convenuto, sia quella civile o criminale. Quindi se il convenuto

1. sia condannato e assoluto da pari numero di voti, deve ottenere assoluzione. Secondo ogni probabilità ciò era pur disposto nelle leggi delle XII Tavole. Ciò si può comprendere almeno assai bene da QUINTILIANO ⁸⁵⁾ quando dice: *Lex iubet eos absolvi, qui pares sententia tulerunt*. Invero anche presso gli Ateniesi vigeva tal legge, come hanno dimostrato PETITUS ⁸⁶⁾ e MEURSIUS ⁸⁷⁾. I frequenti esempi nei classici, che BOEKLER ⁸⁸⁾ ha raccolto, dimostrano pure l'uso della medesima ai tempi della repubblica romana. E già GOTOFREDO ⁸⁹⁾ ha da gran tempo posto fuori di dubbio ⁹⁰⁾ che mediante la parola *lex* indicavasi la decemvirale. Il motivo di quella legge è addotto

⁸¹⁾ *In ambiguis pro dotibus respondere melius est*, dicono le L. 70 D. *de iure dot.* [23, 3] e 85 pr. D. *de reg. iur.*

⁸²⁾ L. 24 D. *de manumis. Lege Junia Petronia, si dissonantes pares iudicium existant sententiae, pro libertate pronunciare, iussum*. Qui vien ascritto perciò alla *Lex Junia Petronia* ciò che la sopra addotta L. 38 D. *de re iud.* deduce da una costituzione dell'imperatore ANTONINO PIO. È controverso come ciò possa conciliarsi. Si confronti *Her. NOORDKERK, Specim. Lectionum de Disquisit. de Lege Petronia* (Amstelod. 1731) cap. II. *Ant. MERENDA controuv.* lib. VI cap. 20 n. 4. *Jus. FINESTRES, Hermogenian.* Tomo I p. 383 seg. Verosimilmente la costituzione di ANTONINO PIO non dovette essere una semplice novità, ma insieme una estensione della legge petronia a più casi. V. ZEPERNICK *ad Siccamam de iudic. centumvir.* lib. II cap. 7 nota a in fine p. 159 e lo stesso in *Disquis. de causis centumviralibus* § XI p. 262 seg.

⁸³⁾ L. 5 D. *Testam. quemadm. aperiant.* [29 3].

⁸⁴⁾ L. 10 D. *de iure fisci* [49 14]. *Non puto delinquere eum, qui in dublis quaestionibus contra fiscum facile responderit.*

⁸⁵⁾ *Declamat.* 254. Si veda pure SENECA, *Epist.* 82.

⁸⁶⁾ *Ad leges Atticas*, pag. 334.

⁸⁷⁾ *Areopagit.* cap. 10 in *Thea. Gronov.* pag. 2114.

⁸⁸⁾ *Diss. de osculo Minervae*, pag. 236.

⁸⁹⁾ *De Legib. XII Tab.* lib. II cap. ult.

⁹⁰⁾ Vedi *Herm. NOORDKERK, Disquisit. de Lege Petronia*, cap. II § 7 pag. 40.

da PAOLO quando egli nelle sue *Receptae sententiae*⁹¹⁾ dice: *Inter pares enim sententias clementior severiori praefertur: et certe humanae rationis est, favere miserioribus, et prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronunciare non possumus.* Con ciò concorda anche QUINTILIANO dicendo al luogo citato: *Imputabitur istud publicae misericordiae. Imputabitur humanitati.* Non vi è tuttavia neppur bisogno, come ORAMER⁹²⁾ molto giustamente osserva, di ricorrere a questo motivo, poichè nel caso che pari numero di voti assolvà e condanni il convenuto, subentra il *calculus Minervae*, mediante il quale un affare è risoluto appunto con ciò che tutto rimane nel precedente stato: quindi già per questo motivo si deve decidere a favore del convenuto⁹³⁾. Se al contrario

2. il convenuto sia unanimemente condannato, ma riguardo alla condanna di lui i voti dei giudici scindansi in pari numero, decide quel parere che sta per la più mite opinione, cioè per la minore somma o men grave pena. Quando, per esempio, di tre giudici, l'uno condanna il convenuto alla somma di 15 talleri dell'impero, l'altro di 10, il terzo di 5, decide il parere dell'ultimo. Così se tre assessori di un collegio di decidenti vogliono comminare all'inquisito la pena di quattro anni di carcere, tre al contrario di due anni, ha luogo la minor pena⁹⁴⁾.

Queste massime valgono tuttavia soltanto in caso di parità di voti dei giudici ordinari. Riguardo ai giudici commissari decide il parere del capo che fa la delega⁹⁵⁾.

Se pertanto in un dato caso non si possa fare applicazione di quelle massime e il presidente non abbia per avventura un voto decisivo⁹⁶⁾,

91) Lib. IV tit. 12 § 5 *et ad Eundem* SCHULTING in *Jurisprud. Antejustin.*, pag. 424.

92) *Progr. calculo Minervae suos terminos vindicans* (Marburgi 1733).

93) GROTIUS, *de iure belli et pacis*, lib. II cap. 5 § 18. — MARQ. FREHER, *Decis. Areopagit.*, cap. 7. — HERM. NOORDKERK, *Disquis. de Lege Petronia*, cap. 2 § 8 — KLEINS, *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft*, § 414.

94) VOET, *Commentar. ad Pand.*, lib. XLII tit. 1 § 18. — IOS. AVERANIUS, in *Interpretat. iuris*, lib. IV cap. 17 num. 5 seg. — NETTELBLADT, *System. element. iurisprud. positivae germanor. commun.*, § 867.

95) L. 28 D. *de rei iudicat* [42 1]. — IOS. FINESTREES, *Hermogenian.*, tomo I pag. 289.

96) KIND, in *Quaestion. for.*, tomo III cap. 8 pag. 76 — TITTMANN, nelle *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft*, § 519 ritengono ciò come usuale.

si dee tentare di togliere di mezzo la parità di voti ripetendo la votazione ⁹⁷⁾ o chiamando i membri che non erano presenti quando si deliberava ⁹⁸⁾. Se pur quel tentativo sia rimasto infruttuoso o la seconda ipotesi non possa verificarsi, gli atti debbono esser inviati ad una Facoltà d'altro luogo per ottenere una giudiziale decisione ⁹⁹⁾, ovvero la causa dev'esser rimessa alla suprema decisione del principe ¹⁰⁰⁾. Quando il tribunale risulta di più senati può togliersi di mezzo la parità di voti, come accade nel tribunale camerale dell'impero, mediante l'aggiunta di un altro senato e, se ciò pure non giovi, col recare la causa in seduta plenaria ¹⁾.

Se anche il giudice è una singola persona richieggonsi pure in taluni casi, sia a cagione della fede pubblica, sia a cagione di solennità, assessori che diconsi scabini (*Schöppen*, *Schöpfen* o anche *Schöffen*) ²⁾. Questi odierni scabini non son più ciò che erano per lo innanzi ^{a)}. Secondo le più antiche leggi tedesche i tribunali di scabini partecipavano al potere giudiziario ³⁾; essi conoscevano, sotto la presidenza del conte o del giudice, delle cause portate in tribunale e secondo il loro consiglio era data la sentenza ⁴⁾. Perocchè nessun giu-

⁹⁷⁾ WERDERMANN, *Principia iurisprud. naturalis* (Lipsiae 1798), § 477 nota 4 pag. 203. — ZIEGLER, *Dicastice conclus.* XLII § 13.

⁹⁸⁾ Poichè nelle società dipendenti anche i membri rimasti fuori possono esser costretti a dare il loro voto. KLEINS, *Grunds. der natürlichen Rechtswissenschaft*, § 416. Si veda pure *Fried. von BÜLOW* e *Theod. HAGEMANN*, *practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, volume 2, Erört. XX § 6.

⁹⁹⁾ Von QUISTORP, *Grunds. des peinl. Rechts*, parte seconda § 771 pag. 385.

¹⁰⁰⁾ ZIEGLER, *Dicastice Conclus.* XLII § 22 pag. 819.

¹⁾ Von BERGK, *Grundriss der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis*, § 142 e von BÜLOW e HAGEMANN, *pract. Erörterungen*, l. c. § 2 pag. 190.

²⁾ *Frid. BRUMMER*, *Diss. de Scabinis mediæ ævi et recentioribus* (in *Eius Opuscul. iurid.* a Ge. BEYERO edit. (Lipsiae 1712) Nr. II.

³⁾ *Henr. BLÜMNER*, *Diss. Scabini iudiciorum criminalium ad Legem Carolinam poenalem descripti* (Lipsiae 1799). — PUFFENDORF, *de iurisdictione germanica*, parte I cap. III § 4 seg. pag. 18.

⁴⁾ BLÜMNER, cit. *Diss.* cap. I § 7.

a) L'argomento degli scabini merita di esser preso in considerazione collegandolo principalmente al fatto del ricevimento del diritto romano in Germania, che sostituì i giudici dotti ai giudici popolari. Sono da consultare particolarmente STÖLTZEL, *Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutsch. Territorien* (Stuttgart 1872) e SCHULTZE, *Privatrecht und Process*, I p. 111 seg. Intorno agli scabini presso di noi è da vedere BETHMANN-HOLLWEG, *Process*, V § 95 p. 233 e PERTILE, VI p. 207 seg.

dice tedesco poteva allora dare una sentenza senza di loro ⁵⁾). Onde il proverbio: lo scabino indica il diritto ⁶⁾ ^{a)}). E questo potere spettava loro, non soltanto nelle cause civili, ma anche specialmente nelle penali ⁷⁾). Secondo l'antico principio tedesco che ognuno deve esser giudicato dai suoi pari, si aveva riguardo pure in tali scabini alla condizione di coloro dei quali dovevan conoscere ⁸⁾). Gli sca-

⁵⁾ *Dir. terr. svevo*, cap. 84 § 2. *Dir. terr. sassone*, lib. 3 art. 30. *Dir. imperiale*, parte prima cap. 7. — KOPFS, *ausführliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civilgerichte in den Fürstl. Hessen-Cassel Landen*, parte I § 172 pag. 230 e § 401 p. 485.

⁶⁾ EISENHARTS, *Grunds. der teutschen Rechte in Sprüchwörtern*, Sez. I num. 6 pag. 15.

⁷⁾ *Lex Wisigothor.* lib. II c. 16 in GEORGISCH in *Corp. iur. germ. antiqui*, pag. 1867.

⁸⁾ BLÜMNER, cit. *Diss.* cap. I § 2. — DREYERS, *Samml. vermischter Abhandlungen*, p. 1131 seg. — STRUBENS, *Nebestunden*, P. 3 mem. XIV § 4 p. 131.

a) Per comprendere tutta la verità di questo proverbio nell'antica costituzione giudiziaria tedesca sono da leggere le interessanti osservazioni dello SCHULTZE, op. cit. pag. 101 seg. L'antico scabino tedesco non era un giudice nè un funzionario investito di autorità giudiziaria; ma doveva piuttosto indicare semplicemente il diritto da applicare in ogni singolo caso. Esso non era guidato dalla scienza del diritto, sivero dalla sua coscienza giuridica e dal suo sentimento giuridico. Quindi giurava che mancando il diritto scritto o la consuetudine avrebbe provveduto al caso secondo la sua coscienza (Per le fonti vedi SCHULTZE, l. c.). « Le massime da loro (scabini) trovate ed applicate, dice SCHULTZE, l. c., vengono spesso alla luce per la prima volta nella loro sentenza. Dal resto essi possono creare le loro massime dove vogliono e come vogliono trovare materia di diritto, senza alcun riguardo se a questo stia a lato un precetto giuridico o vi sia un precetto giuridico che obbliga loro stessi. Il materiale o le fonti da cui gli scabini deducono la loro persuasione intorno a ciò che è diritto, sono in parte la ricordanza di qualche massima di diritto scritto o di qualche orale tradizione, in parte la osservazione di ciò che effettivamente è stato praticato, in specie se questa pratica vanti a suo favore un certo decorso di tempo, in parte tradizioni delle credenze bibliche o di leggende e infine il subiettivo opinare e sentire degli scabini intorno a ciò che è diritto ». Come vedesi, questo suggerimento delle norme da applicarsi con una sentenza può durare sino a che esiste un diritto popolare e che scaturisce a mano a mano dalla persuasione e dal sentimento dello scabino. La scena cambierà appena sottentri al diritto popolare un diritto scientifico.

Quando pertanto il diritto romano fu accolto in Germania come diritto pratico e vigente, lo scabino antico non fu più in grado di indicare le massime giuridiche da applicare, poichè già non conosceva neppure la lingua in cui era scritto il diritto da applicare (SCHULTZE, op. cit. I pag. 204). Sottentrarono quindi le faoltà giuridiche al luogo degli antichi scabini e a poco a poco i tribunali di questi furono surrogati da giudici giureconsulti. In Italia invece, sede degli studi giuridici sino dal fiorire della scuola bolognese, i giudici giureconsulti datano da tempo assai più antico. Molti dei nostri grandi giuristi medioevali, anzi quasi tutti, disimpegnarono funzioni giudiziarie. Anche la storia dei nostri tribunali è in gran parte da fare.

bini dovevano inoltre esser nativi dello stesso distretto ove abitavano le parti litiganti ⁹⁾, poichè avendo ogni ceto i suoi particolari diritti e le sue particolari condizioni, poteva il tedesco aspettarsi tanto più una giusta ed imparziale sentenza, quanto più era garantito che fossero loro cogniti nel miglior modo i diritti del suo ceto ¹⁰⁾. Quindi non solo nei tribunali centrali, ma anche nei tribunali provinciali gli scabini erano scelti tra i più ragguardevoli e meritevoli dei nati liberi ¹¹⁾. In seguito, l'ufficio, del resto onorevole di scabino, era molto decaduto dal suo primitivo grado, poichè al tempo in cui fu scritta l'ordinanza criminale Carolina spesso erano adoperati come scabini individui sì indegni e malvagi che la nobiltà vergognavasi di tale ufficio ¹²⁾. Rimase nulladimeno ancora loro come più importante azienda il sentenziare; quindi anche nella maggior parte dei passi della Carolina son detti sentenzianti (*Urtheiler*) ¹³⁾. Siccome però a questo tempo il giudice non era più escluso ivi da ogni partecipazione (poichè anzi secondo il tenore di molti articoli della Ord. pen. Carolina ¹⁴⁾, giudici e sentenzianti debbono ragionare insieme e concludere che cosa vogliono decidere in diritto ¹⁵⁾, così son ricordati nella Carolina molti atti del processo penale nei quali, il giudice poteva procedere senza la cooperazione degli scabini ¹⁶⁾. E poichè la massima parte degli scabini era ignara di diritto ¹⁷⁾, così

⁹⁾ *Capitular*. lib. VI c. 343 in GEORGISCH, pag. 1580. — BLÜMNER, l. c., pagina 11.

¹⁰⁾ KOPP, nella *ausführl. Nachricht*, parte I § 172 pagina 228 e KLEINSCHECHRODS, *System. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des pein. Rechts*, parte II § 43.

¹¹⁾ KOPP, parte I pag. 230.

¹²⁾ A ciò si riferisce la lezione per la nobiltà. Art. 1 della *Ord. giudiz. pen.* Si veda BOEHMER, *Meditat. ad h. Art. C. C. C.*, § 10.

¹³⁾ Art. 81, 93, 94, 104 della *Ord. giudiz. pen.* — BLÜMNER, cit. *Diss.* cap. II § 14.

¹⁴⁾ Art. 81, 92, 93 e 94 della *Ord. giudiz. pen.*

¹⁵⁾ Quindi gli scabini son detti congiudici (*Mitrichter*) nell'art. 91 della *Ord. giudiz. pen.*

¹⁶⁾ Si confrontino gli articoli 54, 44, 151, 82, 94, 96, 97, 158, 101, 207 e 85. Vedi BLÜMNER, cit. *Diss.* cap. II § 14 nota *v* pag. 64.

¹⁷⁾ Si leggano, ad esempio, in TENGLERS, *Layenspiegel*, lib. 3 e nella *Ord. giud. cap. bamberg.* Art. 2 e nel progetto del 1521 le lagnanze intorno alla ignoranza e inesperienza degli scabini di quel tempo. Vedi pure MALBLANK, *Geschichte der P. G. O.*, pag. 41.

non bisogna meravigliarsi se in molti articoli dell'ordinanza penale Carolina, gli scabini vengono rimandati al consiglio degli intelligenti di diritto ¹⁸⁾. Ma gli odierni scabini non hanno più alcuna partecipazione al potere giudiziario, nè pronunciano quindi più alcuna sentenza, almeno nei casi penali ¹⁹⁾. La loro presenza è richiesta semplicemente a cagione di prova e di solennità e solo principalmente in casi penali per quegli atti giudiziari che hanno immediata influenza sulla decisione della causa ²⁰⁾. Invece in cause civili gli scabini non sono di regola oggi più necessari per completare il giudizio, ma è adesso una particolarità di un giudizio tedesco se per atti giudiziari di contenziosa o volontaria giurisdizione debbano essere chiamati degli scabini ²¹⁾. Veramente si vuole ritenere necessaria la presenza dei medesimi, almeno nel caso in cui, secondo l'ordinamento del tribunale, il giudice tiene in pari tempo il luogo dell'attuario ²²⁾. Ma se questa opinione è giusta secondo il diritto canonico ²³⁾, le sta contro l'uso del fôro, secondo il quale, in tal caso, essendo il giudice in pari tempo espressamente ed appositamente obbligato come attuario, il giudizio si ritiene come sufficientemente costituito da una sola persona, e ciò che proviene da questa che rappresenta

¹⁸⁾ Cfr. articoli 7, 81, 91, 105, 106, 109, 124, 127, 128.

¹⁹⁾ MEISTERS, *ausf. Abhandlung. des peinl. Processes in Teutschland*, parte I 4 punto princ. § 11 pag. 76. — QUISTORPS, *Grunds. der teutschen peinl. Rechte*, parte II § 543. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. II Specim. LXX medit. 3. — KIND, *Quaest. for.* tomo III cap. 8 pag. 77. — TITTMANN'S, *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft*, § 404.

²⁰⁾ QUISTORP, § 545. — LEYSER, *Specim. LXX medit. 7*. — TITTMANN'S, *Grundlinien*, § 406.

²¹⁾ LEYSER, cit. *Specim. LXX med. 6*. — *Frid. Es. PUFFENDORF, de iurisdictione germanica*, parte I cap. III §§ 24 e 25. — KLEINS, *merkwürdige Rechtesprüche der Hallischen Juristen-Facultät*, vol. 2 num. XXVII pag. 287 e vol. 4 num. VI pag. 139. In Sassonia è tuttavia richiesta la chiamata degli scabini perchè il tribunale sia completo. — KIND, *Quaest. for.*, tomo III cap. 8 pagina 78.

²²⁾ LEYSER, *Specim. XXVII med. 7, Specim. LXX med. 6*. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. Rom. Germ.*, tomo III § 4255.

²³⁾ Cap. II, X *de probat. Statuimus, ut tam in ordinario iudicio, quam extraordinario, iudex semper adhibeat aut publicam, si habere potest, personam, aut duos vivos idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant.*

l'intero tribunale si ha per atto giudiziale valido, sia che si tratti di atti di giurisdizione contenziosa, sia di volontaria ²⁴).

Del resto, dai tribunali di scabini dei quali sin qui è stato trattato, bisogna distinguere i così detti collegi di scabini che oggi-giorno sono tuttora in uso a Lipsia, a Wittemberga, ad Halle, ad Jena, e in molti altri luoghi ^a). Invero il loro collegio non è un tribunale e non ha nè giurisdizione, nè coazione, ma il loro ufficio è semplicemente questo, di dar pareri in casi giuridici controversi ai giudici e alle parti che glieli chiedono ²⁵).

§ 528.

Subalterni del Tribunale, specialmente attuari (cancellieri).

Oltre al giudice, ricorrono anche nei giudizi persone accessorie, le quali sotto la direzione del giudice sono obbligate a fare ciò che è richiesto per il raggiungimento dello scopo del giudizio. Esse vengono dette perciò subalterni del giudice e servono per preparare, scrivere ed approntare gli affari giudiziari e per conservare gli atti, come i

²⁴) MEISTERS *Abh. des peincl. Processes*, parte prima pag. 88. — DANZ, *Grunds. des gemeinen ord. bürgerl. Processes*, § 44 pag. 142 seg., e del medesimo, *Grunds. der summarischen Prozesse*, § 257. — Christ. Frid. Imm. SCHORCH, *Nova Collectio Responsor, et Sententiar. Facultatis iurid. Erfordiensis* (Erfordiae 1798, 4) num. XIX.

²⁵) MEISTERS *peincl. Process*, parte prima pag. 75. — PÜTTMANN, *Elem. iuris. crim.*, § 711.

a) Questi collegi erano composti di giureconsulti appartenenti di regola alle facoltà giuridiche (STÖLTZEL, op. cit., I pag. 230 seg.); quindi sono affatto differenti dagli antichi scabini. Anche in Italia vi erano collegi detti di giudici e avvocati o giureconsulti, che rimasero in vita sino al nostro secolo. Essi davano assistenza e consiglio ai giudicanti e alle parti (PERTILE, VI pag. 212). Ove era un'università, per esempio, a Padova, i *doctores legentes* avevano diritto di far parte del collegio dei giuristi (così detto sacro collegio dei giuristi). Il sacro collegio dei giuristi di Padova dette molti e importantissimi *consilia*, anche a forestieri, in specie a Principi e imperatori (*consilia externa*). Nel mio libro *La scuola padovana di dir. rom. nel secolo XVI* (Padova 1888) pag. 46 ho avuto occasione di ricordare molte missive di alti personaggi (di cui tuttora restano gli originali nell'antico archivio dell'Università di Padova) chiedenti pareri al collegio dei giuristi padovani.

segretari, i notari, gli attuari, i cancellieri, i copisti, i registratori ²⁶⁾, ovvero vengono adoperati soltanto per il servizio nel giudizio e per la esecuzione degli ordini del giudice, come i servi e i messaggeri del tribunale. Siccome qui non è il luogo di parlare completamente di queste persone, io dopo l'introduzione dell'autore non farò che osservare il necessario intorno agli attuari ^{a)}. Intendasi per attuario o cancelliere del tribunale quella pubblica persona che, mediante obbligazione convalidata da giuramento, ha l'incarico non soltanto di notare puntualmente ciò che accade nel giudizio sotto la direzione del giudice, ma anche di custodire diligentemente i protocolli e gli atti giudiziari ²⁷⁾ ^{b)}. Appunto in questo significato avevano anche i magistrati e giudici romani i loro *actuarii* che nel *secretarium*, cioè nel luogo dove il magistrato co' suoi assessori giudicava ²⁸⁾, tenevano il protocollo e conservavano gli atti giudiziari ²⁹⁾; e venivano anche detti *scribae*, *exceptores*, *Hypomnematoграфи* ³⁰⁾ (da ὑπομνηματα, *acta*), anche *Commentarienses* ³¹⁾ (da *Commentario* o protocollo), e dalle *notae* o abbreviazioni

²⁶⁾ *Diet. Herm. KEMMERICH, Exercitat. de Secretariis, Protonotariis, et Actuariis judicialibus* (Vitembergae 1726). — SCHILTER, *de Secretariis*.

²⁷⁾ *Christ. WILDVOGEL. Diss. de officio actuarii* (Jenae 1702). — MEISTERS *Abhandl. des peint. Processes*, parte II punto princ. 5 pag. 82 seg.

²⁸⁾ *Jac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1 Cod. Theodos. de officio Rector. provinciae* (tomo I pag. 44 edit. Ritter). — BRISSONIUS, *de verbor. significo. v. Secretarium*.

²⁹⁾ BRISSONIUS *v. Actuarii*, num. 2 pag. 59. — *Franco. POLLETI, Historia fori Rom.*, libro V cap. 12. — *Franc. Car. CONRADI, Diss. de testamento publico, quod fit apud acta* (Helmst. 1741), § 13.

³⁰⁾ L. 192 *Cod. Theodos. de Decurionib.* — *Jac. GOTHOFREDUS, in Commentar. ad eand. L.*

³¹⁾ L. 45 § 7 D. *de iure fisci* [49 14]. *Jac. GUTHERIUS, de Officiis domus augustae*, lib. II c. 13 pag. 321 seg. — BRISSONIUS, *v. Commentariensis*, numeri 2 e 3 pag. 223.

^{a)} Pel nostro diritto intorno ai cancellieri giudiziari vedi articoli 53, 55, 312, 313 *Cod. proc. civ. Legge sull'ordin. giudiz.* articoli 152-164 secondo le modificazioni apportate dalla legge 23 dicembre 1875 n. 2839 serie 2.^a *Regol. giudiz.* articoli 24-36, 135-140. Legge 11 gennaio 1880 n. XVIII.

^{b)} L'art. 63 *Cod. proc. civ.* dice: « Le autorità giudiziarie in tutti gli atti ai quali procedono devono essere assistite dal cancelliere o da chi ne faccia legalmente le veci ». « Prima di entrare in ufficio il cancelliere presta giuramento ». *Reg. giudiz.* art. 37; cfr. con articoli 6 e 10 *Legge ord. giudiz.*

di cui servivansi per scrivere celeremente, *Notarii*³²). Essi appartenevano all'*officium*, ossia alla cancelleria, e ciò era tanto [necessario per costituire il tribunale che non poteva esser presentato un libello³³) ad un magistrato o giudice romano senza l'assistenza dell'*officium*, nè da lui esser pronunziata sentenza valida³⁴). Anche il diritto canonico³⁵), come le leggi imperiali tedesche³⁶) richieggono così per la forma del giudizio, come per causa di maggior prova, la presenza dell'attuario sì necessariamente che il giudice non può farne le veci³⁷); soltanto l'odierno uso del fôro concede la riunione dei due uffici in una stessa persona³⁸).

Un attuario deve prestar giuramento nell'assumere il suo ufficio, e ordinariamente tale obbligo deve essere eseguito in presenza del giudice e delle altre persone appartenenti al tribunale³⁹). Se nulladimeno il protocollo fosse stato tenuto da un cancelliere che non avesse ancora giurato, non deriva da ciò, almeno secondo la pratica dei tribunali civili⁴⁰), una nullità insanabile tale che non possa esser tolta di mezzo mediante una posteriore prestazione di giuramento, semprechè sia pur diretto ai precedenti atti⁴¹).

³²) L. 33 § 1 D. *Ex. quib. caus. maior* [4 6]. — *Jo. Flor. RIVINI, Exercit. iur. civ. ad Modestini casus enucleatos* (Lipsiae 1727) § X II.

³³) L. 1 Cod. *Theodos. de officio Rector.*

³⁴) L. 6 Cod. *de Sentent.* [7 46]. Si veda specialmente C. U. GRUPEN, *Observationes de forma conficiendi acta apud Romanos* (Hanovere 1753 4) § 3 pagine 29 seg.

³⁵) Cap: II X *de probat.* cap. 28 X *de testibus.*

³⁶) *Ord. penale carol.* articoli 1, 5, 46, 47, 56, 94 e 181.

³⁷) MEISTERS *Abh. des Peinl. Proc.* Parte prima, punto prin. 5 § 5 pag. 86 seg.

³⁸) MEISTERS, loc. cit., pag. 87. — *Fratr. BECMANNI in Consil. et Decision.*, parte prima. *Consil. XXXVII* num. 14 pag. 426. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4256 num. V.

³⁹) SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.* cap. II gener. § 15. — HOFACKER, l. c. num. III. — *L. B. a WERNHER, Observation. for.*, tomo I parte quarta *Obs.* 203. — MEISTER, l. c., § 10 pag. 93 seg.

⁴⁰) Riguardo ai giudizi penali sono di altra opinione MEISTER, loc. cit. § 11 pag. 95 seg. — KOCH, *Inst. iur. crim.*, § 698. — GROLLMANN, *Grunds. der Criminalrechtswissenschaft*, § 585. Si veda tuttavia *de BOEHMER, Meditat.* ad art. 5 C. C. C. pag. 32 e QUISTORP, *Grunds. des. peinl. Rechts*, parte seconda § 548 pag. 30.

⁴¹) LEYSER, *Meditat. ad l'and.* vol. II. Specim. LXXI med. 8. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.*, cap. I pag. 38. — KEMMERICH, cit. *Exercit.*

Del resto, ciò che è stato scritto da un attuario giurato sotto la pubblica autorità del giudice in cose d'ufficio fa piena fede giudiziale ⁴²⁾: perocchè i protocolli giudiziari, come i pubblici documenti, hanno a loro favore la presunzione giuridica che il loro contenuto è conforme alla verità ⁴³⁾ a). Tuttavia questa presunzione non è così forte che non possa cadere dinanzi ad una piena prova del contrario ⁴⁴⁾. Invero è facilmente possibile che il redattore del protocollo abbia errato o che non abbia inteso esattamente le parti. La prova contro un protocollo giudiziale può esser fatta così per mezzo di ineccezionabili documenti come di testimoni ⁴⁵⁾. Se però questi sono persone private, due testimoni, quantunque ineccezionabili, non sono sufficienti per abbattere la credibilità di un protocollo giudiziale: poichè avendo un pubblico documento il valore di due testimoni, si avrebbe qui una prova egualmente forte pro e contro il protocollo ⁴⁶⁾. Richieggonsi quindi almeno tre ineccezionabili testimoni per dimostrare convenientemente il contrario di ciò che è contenuto nel protocollo ⁴⁷⁾.

de Secretariis et actuariis iudicial., § 9. — NETTELBLADT, *Versuch einer Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrtheit*, § 10 — DANZ, *trds. des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes*, § 45 nota b.

⁴²⁾ L. 6 C. *de re iudicata* [7 52]. L. 7 X *de probat.* cap. 2 X *de fide instrum.* — SAM. STRYK, *Disp. de iure protocolli*, cap. 6.

⁴³⁾ Cap. 6 X *de renunciat.* — GE. LUD. BOEHMER, *Princip. iur. canon.* § 802.

⁴⁴⁾ Cap. 10 X *de fide instrument.* — MEVIUS, parte prima. *Decis.* 120 num. 3. — REINHARTH, *Select. Observationes ad Christinaei Decisiones*, vol. III obs. 6.

⁴⁵⁾ CLAPROTHS *Einleitung in den ordentl. bürgerl. Process*, parte prima § 49 pag. 183.

⁴⁶⁾ LEYSER, *Meditat. ad Pandect.*, vol. II Specim. LXXI medit. 15.

⁴⁷⁾ Cap. 10 X *de fide instrum.* — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4256 num. VI. — DANZ, *Grunds. des gemein. ord. bürgerl. Processes*, § 45 pag. 141. — MARTINS *Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes*, § 77 pag. 86.

a) Certamente anche presso di noi il verbale redatto dal cancelliere è un pubblico documento che non può essere infirmato se non mediante querela di falso. Lo stesso verbale di deliberazione all'asta pubblica, sebbene non firmato dal deliberatario dei lavori, conserva la qualità di atto autentico e non può essere impugnato se non mediante querela di falso, Cass. Napoli 16 dicembre 1869, *Legge* X, 1, 274. Quindi non si può far una prova contro ciò che risulta dal verbale se non mediante iscrizione in falso. Milano 3 aprile 1862, *Racc.* XIV, 1, 394, nè si può in genere menomare la fede del medesimo, se non mediante lo stesso mezzo. Milano 4 settembre 1861, *Racc.* XIII, 1 1058; Milano 25 luglio 1862, *Racc.* XIV, 1 429; Milano 20 ottobre 1862, *Racc.* XIV, 1 494. Per la distinzione della querela di falso in via penale della querela di falso in via civile cfr. MATTEOLO, III n. 51.

Se tuttavia colui che adduce la prova ha a suo favore due ineccezionabili testimoni, secondo l'opinione di alcuni pratici giureconsulti ⁴⁸⁾ può essere richiesto di prestare un giuramento suppletorio, se pur vuole giurare. Questo giuramento suppletorio avrebbe luogo anche quando l'asserente avesse a suo favore la testimonianza del giudice. Non si può infatti asserire che al giudice sia da ascrivere una maggiore credibilità che al protocollo; ma siccome il giudice, riguardo a ciò che è accaduto in sua presenza, merita la stessa fede del cancelliere giudiziale, come persona pubblica ed obbligata ⁴⁹⁾, così la testimonianza di quello, senza il giuramento suppletorio della parte, avrebbe lo stesso valore del protocollo giudiziale ⁵⁰⁾.

Nulladimeno è molto controverso se abbia luogo la prestazione del giuramento contro un protocollo giudiziale ⁵¹⁾. Si possono supporre qui i casi seguenti:

1. La parte che contesta il protocollo ammette che gliene fu data lettura nei precisi termini nei quali è redatto e che essa lo comprese. Ed in questo caso non è ammissibile la delazione del giuramento.

2. La parte nega che ne sia stata data lettura senza che possa esser convinta del contrario: o ne ammette la lettura, ma afferma che il protocollo ha ricevuto addizioni e mutamenti, o che vi si riscontrano fatti che, avuto riguardo alle circostanze, avrebbero dovuto esserle necessariamente spiegati, e che invece questa spiegazione fu tralasciata. In questo caso ha luogo pienamente la delazione di giuramento se anche la parte contestante avesse firmato il protocollo ⁵²⁾. Perocchè se in generale è ammissibile contro i protocolli

⁴⁸⁾ STRUBEN *rechtliche Bedenken*, parte seconda, pens. 52 § 2. — HOMMEL, *Ehapsod. quaest. for.*, vol. I fascic. II *Observ.* 20. — MÜLLER, *Observat. pract. ad Leyserum*, tomo I fascic. II *Observ.* 203.

⁴⁹⁾ De BERGER, *Oecon. iur.*, lib. I tit. I parte XIX nota 6.

⁵⁰⁾ STRUBEN, loc. cit. § 1.

⁵¹⁾ Hanno preferibilmente trattato tali questioni giuridiche *Conr. Wilh. STRECKER*, in *Diss. de iurisiurandi delatione, quatenus sit contra registraturam iudiciale admittenda?* (Erfordiae 1731) e il sig. cons. aul. GEIGER *von dem Beweis durch den Eid gegen ein gerichtliches Protocoll* (nei suoi *merkwürdige Rechtsfälle u. Abhandlungen*, vol. I num. XI pag. 195-212).

⁵²⁾ L. B. a WERNHER, *select. Observat. for.*, tomo I parte prima, *Observat.* 12 et parte quinta, *Obs.* 218. — REINHARTH, *select. Observat. ad Christinacum*,

giudiziari la prova del contrario, non si può in alcuna guisa dubitare della possibilità di una prova mediante delazione di giuramento, non essendo essa giammai vietata contro documenti giudiziari. Sorge soltanto la domanda a chi sia da deferire il giuramento sulla esattezza del protocollo. Qui si possono fare due casi:

1. Il giuramento vien deferito alla parte contraria, la quale ha a suo favore il protocollo giudiziale. Ciò può veramente ammettersi ⁵³). Invero se la prova contro tale protocollo si può fare mediante testimoni, non si comprende perchè lo stesso non possa accadere mediante il giuramento deferito alla parte contraria, essendo questa a conoscenza, quanto ed anche meglio dei testimoni, se la cosa fu protocollata in modo diverso da quello che è avvenuta. Vien però supposto che l'avversario possa giurare *de veritate*. Si obietta in contrario che la fede giudiziale si fonda sulla pubblica considerazione e sulla prestazione del giuramento d'ufficio; e che non può quindi esser distrutta mediante il giuramento di un privato ⁵⁴). Ma questo argomento prova troppo, poichè così non dovrebbe aver luogo alcuna prova in contrario. Non resta forse l'attuario, benchè nell'esercizio di un pubblico ufficio, un uomo che può cadere in errore o esser indotto in inganno? Appunto per questa possibilità di errore e d'inganno non si può neppure affermare che quegli, che ha il protocollo a suo favore, abbia già eseguito una piena prova, dal momento che appunto si controverte se il protocollo sia o no esatto. Invano ci si oppone quindi la massima che a colui, il quale ha una piena prova a suo favore, non possa essere deferito alcun giuramento; poichè, appunto per ciò che si disputa intorno alla verità del protocollo, non si può dire che con ciò abbia avuto luogo la prova *pro exoneranda conscientia* ⁵⁵).

vol. III *Obs.* 6. — STRUBEN, *rechtl. Bedenken*, parte seconda pens. 52 § 2. — KEMMERICH, cit. *Exercit. de Secretar. et Actuariis iudicial.* § 14. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4256 num. VI.

⁵³) REINHARTH, loc. cit. *Resp.* II pag. 11. — STRECKER, cit. *Diss.* cap. 3 4. — il sig. cons. aul. GEIGER nella citata memoria § 4 (nei suoi *merkwürdige Rechtsfälle*, parte prima pag. 202 seg.) e il sig. prof. GROLLMANN nella *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*.

⁵⁴) Christ. WILDVOGEL, *Diss. cit. de officio actuarii*, § 15. — CLAPROTH nella *Einleitung in den ordentl. bürgerl. Process* parte I § 49 pag. 183 — DANZ, nei *Grundsätze des gemeinen ord. bürgerl. Processes*, § 45 pag. 142.

⁵⁵) WERNHER, *select. Obs. for.*, t. I parte prima. *Obs.* 12 numeri 8 e 9.

2. Il giuramento vien deferito all'attuario medesimo.

a) Egli accetta il giuramento. Per mezzo di questo, il protocollo non può acquistare una credibilità maggiore di quella che, senza di esso, già aveva, poichè il giuramento d'ufficio del cancelliere implica che egli voglia protocollare esattamente. Come giuramento inutile, non deve quindi neppure esser concesso ⁵⁶).

β) Egli ricusa di accettare il giuramento deferitogli. Ciò non può avere l'effetto derivante in altri casi dal recusare il giuramento, essendo da ritenere inammissibile la delazione del medesimo. Invero, generalmente si può deferire il giuramento all'avversario, che così rendesi giudice in causa propria ⁵⁷). Non al terzo, che non ha veramente alcun interesse alla lite, se anche la causa intorno a cui si controverte lo riguarda per qualche altro motivo ⁵⁸). Qui siamo appunto nel caso. Ammette tuttavia la pratica, secondo il parere di ragguardevoli giureconsulti ⁵⁹), anche in questo caso la delazione del giuramento. Vien però sempre presupposto che nel dato caso ricorrano circostanze e indizi, che rendano verosimile l'affermazione della parte, essere il protocollo inesattamente redatto ⁶⁰). Infatti la presunzione giuridica militante a favore della credibilità dei protocolli giudiziari deve almeno aver questo effetto, che la delazione del giuramento non possa, come in altri casi, esser rilasciata al parere delle parti, se non si vuol porre ingiustamente in dubbio quella pubblica fede che per le leggi spetta all'attuario ⁶¹).

⁵⁶) HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4256 num. VII pag. 689. — GROLLMANTS, *Theorie des gerichtl. Verfahrens*, § 33 pag. 37.

⁵⁷) L. 3 pr. D. *de iureiur.* [12 2]. L. 1 pr. D. *Quar. rerum actio non datur* [44 5]. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4515 in fine e nota f pag. 957.

⁵⁸) G. LUD. BOEHMER, *Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque* (Goett. 1772), § 10.

⁵⁹) REINHARTH *ad Christinaeum.*, vol. III. Obs. 6. Resp. 1. — *Christoph. Lud. CRELL, Diss. de fide instrumentorum imprimis publicorum*, § 5. — STRUBENS, *rechtliche Bedenken*, parte prima, pens. 134 e parte seconda, pens. 52. — ESTORS, *Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses*, parte prima § 2458 e la memoria del sig. cons. aul. GEIGER, § 5 (nei suoi *merkwürd. Rechtsfälle*, vol. I pag. 205).

⁶⁰) L. B. a WERNHER, *select. Observat. for.*, tomo I parte V. *Observ.* 218 num. 9.

⁶¹) Il sig. cons. aul. GEIGER, loc. cit. § 5 pag. 206 seg.

Del resto, è pur da osservare che un attuario può esser ricusato dalle parti, per quegli stessi motivi, pei quali il giudice appare sospetto ⁶²).

§ 529.

Capacità di agire in giudizio a).

Se ogni lite non può aver per oggetto che una decisione del giudice intorno ai rapporti giuridici relativi all'oggetto della controversia ⁶³), ne segue che anche gli atti in giudizio delle parti debbono essere giuridicamente validi, non giovando un atto invalido a conseguire lo scopo. Quindi, alle persone, le quali in causa propria compariscono in giudizio e vogliono intraprendere una lite, non deve ostare alcun motivo, in virtù del quale, a tenore delle leggi, sarebbero o generalmente o in taluni riguardi incapaci a ciò, e per conseguenza i loro atti giudiziari invalidi ⁶⁴). A dir breve, debbono avere

⁶²) *Aug. a LEYSER, Meditat. ad Pand.*, vol. II Specim. LXXI med. 11, 12. — *KEMMERICH, Diss. de secretariis et actuariis iudicialibus* § 11. — *HOFACKER, Princip. iur. civ.*, tomo III § 4251 num. VIII.

⁶³) *GÖNNERS, Handbuch des deutschen gemeinen Processes*, vol. I num. XII § 3 pag. 305.

⁶⁴) *GROLLMANN'S Theorie des gerichtl. Verfahrens*, § 55.

a) Cfr. *MATTIBOLO* II n. 1-44. — *MANFREDINI, Progr.* I n. 1031 seg. Si distinguono gl'incapaci assolutamente di stare in giudizio (minori non emancipati, interdetti giuridicamente condannati in stato d'interdizione legale, commercianti falliti) dagli incapaci relativamente che hanno soltanto bisogno dell'assistenza o dell'autorizzazione altrui (minori emancipati, inabilitati, donne maritate tutori e genitori in taluni casi, immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente). Speciali norme sono da prendere in considerazione per le persone giuridiche che vengono rappresentate da appositi mandatari, e cioè a) i comuni dai sindaci; b) le provincie dai prefetti; c) gl'istituti pubblici dal loro capo; d) le amministrazioni dello Stato dai relativi funzionari o da appositi avvocati e procuratori erariali; e) l'eredità giacente dal curatore; f) la lista civile, il patrimonio privato del re, della regina, dei principi della famiglia reale dal capo dell'amministrazione del circondario.

Ma per agire in giudizio richiedesi presso di noi, salvochè dinanzi al pretore e al conciliatore, l'assistenza e la rappresentanza di avvocati e di procuratori. Come siasi venuta formando questa regola vedi in *PERTILE*, VI pag. 276, 281 seg. Sul nostro diritto vedi *MATTIBOLO*, II n. 183 seg.

la capacità di agire in giudizio (*persona standi in iudicio*)⁶⁵). Per ciò è richiesto:

1. che esse non siano escluse dalla tutela dello Stato. Questo è invero lo scopo di ogni procedimento giudiziale, che ognuno venga difeso, mediante soccorso del giudice, nei suoi diritti garantitigli dallo Stato⁶⁶).

2. che non manchi loro la cognizione di ciò che hanno da intraprendere in giudizio e la capacità di valutarne le conseguenze.

3. che abbiano la libera disposizione del loro patrimonio, specialmente riguardo all'oggetto della lite.

Quindi sono:

A) del tutto incapaci di agire in giudizio

a) a causa di fisico impedimento i sordi e muti, senza di distinguere se abbiano insieme i due difetti od uno solo⁶⁷). Così i furiosi e i maniaci, anche nei lucidi intervalli⁶⁸). Parimente gl'imbecilli che non sono capaci di alcuna ragionevole riflessione e decisione⁶⁹). Infine i fanciulli sotto gli anni sette (*infantes*)⁷⁰). In nome di queste persone debbono comparire curatori e tutori giudizialmente costituiti, e sostenere i loro diritti in giudizio⁷¹).

b) A causa di un divieto civile sono incapaci di intraprendere giudiziali procedure gli schiavi romani; i quali non possono comparire in giudizio nè come attori, nè come convenuti⁷²). Neppure può essere ammesso per loro un procuratore⁷³). Solo riguardo agli schiavi dell'imperatore, le leggi fanno una eccezione⁷⁴). Possono

⁶⁵) *Vid. Tit. Cod. Qui legitimam personam standi in iudiciis habeant vel non* [3 6]. Nel modo più diffuso ha trattato questa materia *Lud. Fried. DAPP nel Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Process* (Frankfurt 1789), § 7 seg.

⁶⁶) GROLLMANN'S *Theorie des gerichtl. Verf.*, § 74.

⁶⁷) L. 1 § 3 D. *de postul* [3 1]. L. 124 D. *de Reg. iur.* L. 18 D. *de oblig. et action.* [44 7].

⁶⁸) CLAPROTH'S *Einleitung in den ordentl. bürgerl. Process*, parte I § 67

⁶⁹) CLAPROTH, loc. cit. num. 3.

⁷⁰) L. 4 pr. D. *de in ius voc.* [2 4].

⁷¹) LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand. h. t.* § 30.

⁷²) L. 107 D. *de Reg. iur.* L. 6 e 7 Cod. h. t.

⁷³) L. 44 § 1 D. h. t. — POTHIER, *Pandect. Justin. h. t.* num. XV nota d (tomo I pag. 177).

⁷⁴) L. fin. Cod. *Ubi causae fiscales* [3 26].

anche schiavi privati agire in taluni casi contro i loro padroni, per esempio, a cagione di un testamento sottratto, dove a loro fosse stata legata la libertà; così pure per aver commesso il *crimen annonae* o falsificato monete, ecc. ⁷⁵). Tuttociò non è però applicabile in alcun modo in Germania ai servi (*Leibeigene*), i quali possono agire in giudizio sì in proprio, sì in altrui nome ⁷⁶). Anche coloro che sono banditi, e così completamente esclusi dalla tutela dello Stato, non possono agire in giudizio ⁷⁷), quantunque possano essere ivi convenuti e in questo caso sia permessa loro la difesa contro l'azione ⁷⁸).

B) Limitati nella capacità di agire in giudizio sono coloro cui manca la facoltà di tutelare giudizialmente i loro diritti senza l'assistenza e il consenso di altre persone. A questa classe appartengono:

1. Pupilli e minori che possono agire in giudizio soltanto con l'assistenza del loro tutore o curatore ⁷⁹). Secondo il diritto canonico si fa tuttavia un'eccezione per le cause ecclesiastiche e beneficiarie ⁸⁰). I minori possono pure agire in giudizio senza il tutore per una sofferta ingiuria ⁸¹): e siccome un minore, ottenuta la *venia aetatis*, in genere è liberato dalla curatela, si comprende che può agire senza il curatore ⁸²). Del resto, le leggi romane non fanno alcuna distinzione fra le cause penali e civili dei minori ⁸³). Secondo l'odierno uso del fòro, scompare il curatore nel processo d'inquisizione ⁸⁴). Il giudice già pel suo ufficio deve avere riguardo a ciò che può servire

⁷⁵) L. 53 D. h. t.

⁷⁶) LAUTERBACH, h. t. § 25. — DAPP nel cit. *Versuch* §§ 12, 13 e 14. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4265.

⁷⁷) *Decr. imp. dell'anno 1495* § 3. *Tenore della ordin. giudiz. camerale*, parte II tit. 10 § 2.

⁷⁸) VULTEIUS, *Tr. de iudiciis*, lib. I cap. 6 num. 25. DAPP l. c. § 16.

⁷⁹) L. 1 e 2 C. *Qui legitim. person. standi in iud.* [3 6].

⁸⁰) *Cap. fin de iudiciis in 6to.*

⁸¹) L. 8 e 11 D. *de accusat.* [48 2].

⁸²) L. 10 C. *de appellat.* [7 62]. L. 5 C. *de temp. in int. restit.* [2 53] e tit. C. *de his, qui veniam act. impetr.* [2 45]. — Io. a SANDE, *Decision. aureae*, lib. I tit. II *definit.* 1. — LAUTERBACH, *Colleg. Pand. h. t.* § 26. — DAPP, loc. cit., § 49 — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, § 4265.

⁸³) L. 11 Cod. *Qui dare tutores* [5 34]. L. 4 Cod. *de auct. praest.* [5 59].

⁸⁴) LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.* § 26 in fin.

a scusa di lui ⁸⁵). È tuttavia da osservare anche che se un minore abbia portato la sua causa da solo davanti al tribunale, senza che nè per parte del giudice, nè dell'avversario sia stata ricordata la mancanza del curatore, per speciale favore non si deve ritenere come invalida la sentenza pronunciata in vantaggio del minore ⁸⁶).

2. Le persone, le quali sono ancora sotto la patria potestà. Queste possono veramente comparire in giudizio per tutte le cause per cui siano convenute, vuoi che riguardino azioni lecite od illecite, e difendersi senza che sia richiesta per ciò la chiamata ed il consenso del padre ⁸⁷). Soltanto se non abbiano a disposizione alcun proprio patrimonio, è d'uopo certamente che per soddisfare alla sentenza del giudice, la efficacia di questa resti sospesa sino a che non sia estinta la patria potestà ⁸⁸), in quanto il padre non possa esser impegnato coll'*actio iudicati de peculio* ⁸⁹). Tuttavia come attori, di regola i *filiifamilias* non possono comparire in giudizio in proprio nome senza il consenso del padre ⁹⁰), a meno che questi per assenza o pazzia non sia impedito di agire da sè medesimo in giudizio; o ricorra tal caso che la equità richiede che il figlio agisca anche senza l'assistenza del padre, poichè altrimenti soffrirebbe un ingiusto danno ⁹¹). Sembra che da principio questo diritto sia stato accordato ai *filiifamilias* soltanto riguardo all'azione d'ingiuria, all'*interdictum quod vi aut clam*, all'azione nascente dal contratto di deposito e commodato ⁹²), ma in seguito esteso ad ogni e qualsiasi azione senza

⁸⁵) DAPP, loc. cit., § 48 nota f.

⁸⁶) Arg. L. 1 C. de auct. praest. [5 59] e L. 14 C. de procurat. [2 13]. — LAUTERBACH, loc. cit.

⁸⁷) L. 57 D. h. t. L. 39 D. de obligat. et act. [44 7]. L. 6 § 7 D. de act. emti [19 1]. L. 3 § 4 D. de minor. [4 4]. Verb. et quidem in potestate manens etiam invito patre conveniri potest. L. 35 D. de nox. action. [9 4]. — Io. a SANDE, *Decision. aur.*, lib. I tit. II *Definit.* 2. — VOET. *ad Pand. h. t.* § 10. — Scip. GENTILIS, *de bonis maternis*, cap. XXVII pag. 169.

⁸⁸) L. 5 pr. D. *Quid cum eo, qui in aliena potest.* [14 5].

⁸⁹) L. 35 D. de noxal. act. [9 4]. L. 3 § 11 D. de peculio [15 1]. L. 5 pr. D. eodem § 10. *I. de action.* [4 6].

⁹⁰) L. 9 D. de obligat. ed action. [44 7].

⁹¹) L. 18 § 1 D. h. t.

⁹²) L. 9 cit.: *Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum, et quod vi aut clam, et depositi et commodati, ut JULIANUS putat. Jan. a COSTA, Praelect. ad illustr. quosd. Tit. iur. civ.*, pag. 115.

distinguere se derivi da atti leciti od illeciti ⁹³). Tuttavia l'azione in tal caso è soltanto un'*actio utilis* ⁹⁴).

In quanto la lite riguardi il peculio del figlio, il *filiusfamilias*

a) relativamente al suo *peculium castrense* o *quasicastrense* ha i diritti di un libero padre di famiglia. Pertanto egli per promuovere le azioni relative al medesimo, non solo è intieramente indipendente dal consenso del suo padre, ma può agire contro questo pure ⁹⁵).

b) Riguardo al *peculium profectitium* e *adventitium ordinarium*, di regola soltanto il padre può agire ed esser convenuto. Il figlio non può agire se non quando il padre non possa agire in giudizio, nè in persona, nè per mezzo di un mandatario. Intorno al *peculium adventitium* tuttavia il padre può litigare soltanto col consenso del figlio, semprechè questi sia presente e maggiore d'età ⁹⁶).

c) Se finalmente la lite si riferisca al *peculium adventitium extraordinarium* il figlio può bensì agire in proprio nome relativamente al medesimo; ma il consenso del padre è richiesto almeno pel caso che egli avrebbe potuto avere l'usufrutto di quel patrimonio, purchè lo avesse voluto ⁹⁷). Ove il padre ricusi il suo consenso può essere

⁹³) L. 18 § 1 D. h. t.: *Si filiusfamilias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri: ita demum permittimus ei agere, si non sit, qui patris nomine agat. Nam et JULIANO placet, si filiusfam. legationis vel studiorum gratia aberit, et vel furtum, vel damnum iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere, ne, dum pater expectatur, impunita sint malificia, quia pater venturus non est, vel, dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit. Unde ego semper probavi, ut si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens, vel pecuniam, quam credidit, petens: si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia iusta causa agat, ne si ei non dederimus actionem futurum sit, ut impune fraudem patiat, et egestate Romae laboret, viaticulo suo non recepto, quod ad sumtum pater ei destinaverat.*

⁹⁴) GENTILIS, *de bonis maternis*, cap. XXVI pag. 173.

⁹⁵) L. 4 § 1 D. *de castrensis peculio* [49 17]. *Actionem persecutionemque castrensiarum rerum semper filius, etiam invito patre, habet.* — L. 4 D. h. t. *Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus: nisi ex castrensi peculio.*

⁹⁶) L. 8 § 3 C. *de bonis, quae lib.* [6 61]. — VOET, h. t. § 10. — LAUTERBACH, h. t. § 27. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4265.

⁹⁷) A ciò si riferisce il caso che il figlio abbia accettato un'eredità contro il volere del padre. L. 8 pr. C. *de bonis quae lib.* L'odierno uso del fôro ri-

costretto dal giudice a darlo o questi può anche completare il consenso del padre ⁹⁸).

3. I prodighi giudizialmente dichiarati tali. Questi non possono, senza curatore, agire in giudizio, in quanto la lite riguardi il loro patrimonio ⁹⁹).

4. Le donne nei luoghi dove è introdotta la tutela del sesso ¹⁰⁰).

§ 530.

*In qual misura si può controvertere in giudizio
intorno al diritto di un terzo,
o esser convenuti per l'atto obbligatorio di un terzo? ^a*

Chi vuol litigare in giudizio, non solo deve avere in generale la capacità di stare in giudizio, ma deve pure esser particolarmente autorizzato a far valere le pretese che sono oggetto della lite o a difendersi da esse ¹).

È d'uopo quindi:

1. essere il legittimo attore. Ciò accade quando si fa valere il

chiede tuttavia, in base al diritto canonico (cap. fin. *de iudic. in 6to*), in generale il consenso del padre quando il figlio vuol controvertere in giudizio intorno al *pec. adv. irregulare*. — LAUTERBACH, h. t. § 27 e HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tom. III § 4265.

⁹⁸) L. 8 in fine princ. *Cod. de bonis quas lib. dic.*: *Necessitate per officium iudicis patri imponenda tantummodo filio consentire vel agentis vel fugientis, ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere.* — Scipio GENTILIS, *de bonis maternis*, cap. XXVI pag. 177.

⁹⁹) L. 1 D. *de curat. furios. dand.* [42 7].

¹⁰⁰) LAUTERBACH, h. t. § 28. — RUNDE, *Grunds. des deutschen Privatrechts*, § 632.

¹) MARTINS *Lehrbuch des bürgerlichen Processes*, § 9.

^a) Quest'argomento può collegarsi nel diritto odierno a tutta una nuova dottrina che si viene svolgendo in parte indipendente dal diritto romano. Cfr. L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi* (Verona 1889). È vero tuttavia che spesso il terzo anche oggi (ad esempio, il beneficiario da una assicurazione stipulata da altri a suo favore) non controverte in un eventuale giudizio intorno al diritto altrui, quanto piuttosto intorno al proprio.

proprio diritto. Per il diritto del terzo, di regola non si può promuovere alcuna azione, eccetto che

a) quando ciò si faccia col consenso di lui. Il terzo può quindi cedermi il suo diritto o darmi il semplice incarico di farlo valere. Nel primo caso, io posso agire in nome proprio, nell'altro soltanto come procuratore. La differenza sta in ciò, che se la facoltà dell'attore sia posta in dubbio, egli deve legittimarsi nel primo caso per la causa (*ad causam*), nell'altro per il processo. Della legittimazione per la causa, è stato trattato nella parte IV § 286 num. I pag. 36 (Libro II pag. 513 della traduzione italiana), della legittimazione pel processo nella parte V § 399 (Libro III pag. 144 della traduzione italiana).

b) Quando taluno sia autorizzato dalle leggi o da disposizione giudiziale a far valere i diritti di un terzo, come, per esempio, il marito quelli della moglie, il padre quelli dei figli che sono ancora sotto la sua patria potestà, il tutore quelli del minore o il curatore a ciò nominato, quelli dell'assente, la cui dimora non è conosciuta ²⁾).

c) Quando la causa sia così favorita che non si abbia riguardo a chi la reca in giudizio. Così, ad esempio, l'*actio momentaneae possessionis* può esser promossa da qualsiasi terzo a favore di colui cui si riferisce la causa, se questi sia assente; qui vengono pure ammesse quelle persone che pel rimanente sono incapaci di promuovere cause giudiziali ³⁾. Lo stesso ha luogo per l'*interdictum de libero homine exhibendo* ⁴⁾.

2. Si deve esser parimente il legittimo convenuto quando in tale qualità si è chiamati in giudizio. Ciò avviene nelle azioni reali quando si è nel possesso della cosa a cui collegasi il diritto reale dell'attore: nelle azioni personali invece, quando si è colui, riguardo al quale ricorre lo speciale motivo di obbligazione, di cui si controverte ⁵⁾. Se taluno non sia legittimo convenuto, ma per malizia nasconda ciò all'attore e s'impegni temerariamente nella lite per trarre

²⁾ MARTIN nel cit. *Lehrbuch*, § 48. — DANZ, *Grunds. des bürgerl. Process*, § 145.

³⁾ L. 1 C. *Si per vim*. [8 5]. L. 13 Cod. *Qui legitim. person.* [3 6].

⁴⁾ L. 3 §§ 9 e 11 D. h. t. D. *de lib. homine exhib.* [43 29]. — DANZ, *Grunds.* § 40 pag. 119.

⁵⁾ MARTINS *Lehrbuch*, § 62.

questo in un processo inutile (ciò che nel tecnico significato dicesi *oblatio ad litem* ⁶⁾, non solo deve sopportare le spese processuali, ma anche è condannato al risarcimento dei danni, per la cui prova l'attore può valersi del giuramento estimatorio ⁷⁾.

Come pertanto il convenuto non è autorizzato di regola a derivare eccezioni dal diritto di un terzo ⁸⁾, così di regola non può esser chiamato in giudizio per la obbligazione di un terzo, per quanto stretta sia la relazione che ha con esso ⁹⁾. Così, per esempio, non risponde la moglie per i debiti del marito o questo per i debiti della moglie ¹⁰⁾, nè il padre per quelli del figlio o questo per i debiti del padre ¹¹⁾. Vi sono nulladimeno eccezioni alla regola. Così

1. Se taluno sia doventato erede del terzo per cui atti venga convenuto.

2. Se taluno siasi fatto mallevadore del terzo o stia col medesimo in tal relazione che pel diritto stesso sia obbligato per i debiti di lui. Così, per esempio, in una comunione universale di beni la moglie è tenuta al pagamento dei debiti che il marito ha contratto anche se li contrasse esclusivamente in suo nome ¹²⁾.

3. Se taluno abbia consentito o per lo meno approvato l'atto del terzo per cui è convenuto ¹³⁾. Per questo motivo può esser convenuto il principale di un negozio per gli affari del suo agente, un padre pel mutuo del suo figlio. Anche per atti illeciti, la semplice approvazione può rendermi talora responsabile; tale il caso, ad

⁶⁾ Essa può aversi così nelle azioni reali L. 13 § 13 e l. 45 D. *de heredit. petit.* [5 3]. L. 27 D. *de rei vind.* [6 1] come nelle personali L. 9 § fin. D. *de interrogat. in iure* [11 1]. Si veda specialmente *Aem. Lud. HOMBERGK a WACH, Diss. de oblatione ad litem* (Marburgi 1746).

⁷⁾ L. 45 D. *heredit., petit.* [5 3]. L. 68 D. *de Rei vindicat.* [6 1].

⁸⁾ *Car. DIENEMANN, Diss. de exceptione ad ius tertii pertinente plane inutili, praef. HENNE, def.* (Erfordiae 1778). Altra cosa è quando il convenuto sia in qualche modo interessato nel diritto del terzo. — *MEVIUS parte V, Decisione 33.*

⁹⁾ *VOET, ad Pand. h. t. § 29.*

¹⁰⁾ Tit. Cod. *Ne uxor pro marito vel maritus pro uxore conv.* [4 12].

¹¹⁾ Tit. Cod. *Ne filius pro patre vel pater pro filio conven.* [4 13].

¹²⁾ *Benj. Fried. PFIZER, von den Rechten und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantprocess über das Vermögen ihrer Männer, parte I §§ 73 e 74.*

¹³⁾ L. 1 C. *Ne filius pro patre.*

esempio, delle violenze contro la proprietà, quando trattasi soltanto dell'azione per la privata soddisfazione ¹⁴).

4. Finalmente un debito può talora, pel bene pubblico, esser così favorito dalle leggi che debbano esserne tenuti la moglie e i figli del debitore, quando pure non siano doventati eredi di lui, o in altra guisa lo abbiano garantito. Un esempio ci vien offerto dai debiti primipilari, pei quali la cassa militare può rivolgersi contro il patrimonio della moglie e dei figli del debitore ¹⁵).

§ 531.

Dell'intervento in causa. a)

Non di rado accade che, oltre l'attore e il convenuto, anche un terzo per un interesse proprio o comune prende parte ad una lite già pendente. Tale immischiarsi di un terzo in un processo pendente fra altre parti litiganti, con lo scopo di aggiungere le sue proprie pretese o (siccome l'esito del processo ha influenza anche sui suoi diritti), di aiutare una parte nel sostenere la causa, chiamasi generalmente intervento ¹⁶). Il nostro autore dice: *actus, quo quis alienae liti sponte se immiscet, interventio dicitur*. E il signor consigliere di governo DANZ ¹⁷) dà il seguente concetto: l'intervento è quell'atto giudiziale, mediante cui taluno s'immischia volontariamente

¹⁴) L. 1 § 14 D. *de vi et vi armata* [43 16]. *Sed et si, quod alius deiecit ratum habuero, sunt qui putent secundum SABINUM et CASSIUM, qui ratihibitionem mandato comparant, me videri deiecisse, Interdictoque isto teneri, et hoc verum est. Rectius enim dicitur in maleficio ratihibitionem mandato comparari.*

¹⁵) L. 3 e 4 Cod. *de primipilo* [12 63]. L. 4 Cod. *qui. potiores in pign.* [8 18]. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo II § 1211.

¹⁶) *Iust. CLAPROTH, de interventione libellus* (Goettingae 1763).

¹⁷) *Grunds. des gemeinen ord. bürg. Processes*, § 477.

a) Per la nostra procedura cfr. MATTILOLO, *Dir. giudiz.* III n. 441 seg. — RICCI, *Comm. al Cod. di proc. civ.* I n. 400 seg. e la sua monografia. *Dei giudizi pendenti in rapp. ai terzi* (*Racc.* XXVI 4, 27 seg.), e i commentatori del nostro *Cod. di proc. civ.* agli articoli 201-205. Per l'antica nostra giurisprudenza cfr. DE-LUCA, *Dott. volgare*, lib. XV cap. 16 (ediz. fiorentina 1843 IV pag. 172).

in una lite già incominciata, con l'intenzione di aggiungere le proprie ragioni o di accedere per dovere giuridico all'una o all'altra parte litigante.

Ma contro ambedue questi concetti è da ricordare:

1. che un intervento non avviene sempre volontariamente, ma se l'una delle parti avesse fondato motivo di pretendere che un terzo s'immischi nella lite, può essere effettuato mediante denuncia della lite: il che costringe il terzo ad intervenire o per lo meno fa sì che non sia nocivo per quella parte il non intervento di lui¹⁸⁾. Così, per esempio, il compratore, nel caso che per parte di un terzo sia accampata una pretesa a cagione della cosa venduta, e il fideiussore che venga convenuto in base alla fideiussione, possono pretendere il primo dal venditore, il secondo dal debitore principale, di essere aiutati nella difesa contro l'attore¹⁹⁾. Nel concetto del signor consigliere di governo DANZ ciò vien pure ammesso, come appare dalle ultime parole di lui. Soltanto sorge così senza dubbio una contraddizione in questo concetto, la quale non si può facilmente conciliare^{a)}.

2. Non si può neppure affermare in ogni caso che se l'interveniente accede all'una o all'altra parte litigante, ciò accada sempre per un dovere giuridico. L'interveniente può anche accedere al processo, contro la volontà delle parti litiganti, con l'intenzione di prevenire una collusione dannosa per lui. Ne offre un esempio ULPIANO²⁰⁾: *Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes, et eum,*

18) GROLLMANN'S *Theorie des gerichtl. Verfahrens*, § 159.

19) VOET, *ad Pandect. h. t.* § 35. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4270.

20) L. 29 D. *de inoff. testam.*

a) Esaminando gli articoli 201, 203, 205 *Cod. proc. civ.* si vede che presso di noi l'intervento in causa è di tre specie: volontario, coatto, ordinato d'ufficio. Il primo deriva dall'interesse che un terzo abbia nella causa pendente fra altri, il secondo deriva dalla circostanza che la lite è comune alla persona che l'una o l'altra parte chiama in causa, il terzo vien ordinato dal giudice quando lo creda opportuno. Questi tre tipi d'intervento in causa sono nettamente distinti nella nostra giurisprudenza. App. Firenze 30 dicembre 1867, *Ann.* II 2, 564. Cass. Firenze 2 agosto 1866, *Ann.* I, 1, 32.

I nostri istituti procedurali dovrebbero essere studiati nella loro origine ed evoluzione storica e costruiti poi dogmaticamente. Alcuni materiali per la storia dell'intervento in causa si trovano in WEISMANN, *Die Entwicklung der Prinzipalintervention in Italien* nella *Zeitschr. f. Rechtsg.* XIV pag. 191 seg. e in PERTILE, VI pagine 279 e 723.

qui de inofficioso testamento agit, adesse etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri, constitutum est: eisdemque permissum est appellare, si contra testamentum pronunciatum fuerit. È vero che, secondo il più recente diritto romano, l'intervento non è necessario, perchè i legati rimangono validi se anche il testamento sia rescisso con l'azione di inofficiosità ²¹⁾. Tuttavia anche secondo il più recente diritto romano è concesso al legatario d'intervenire pel motivo osservato, se gli sia legata una cosa litigiosa, dipendendo qui tutto il suo diritto dall'esito del processo. *Unde damus licentiam legatario, dice GIUSTINIANO* ²²⁾, *si hoc prodesse sibi putaverit, litis participem fieri: ut ne aliquam forte negligentiam seu proditorem heredi possit obiicere* ²³⁾.

L'intervento è talora principale (*interventio principalis*), talora semplicemente rappresentativo o accessorio (*interventio accessoria*), talora misto (*interventio mixta*).

Se la intenzione dell'interveniente è diretta ad aggiungere un suo diritto totalmente diverso dall'interesse delle parti litiganti, si ha un intervento principale. Questo può essere pure di due specie.

Un intervento principale propriamente detto (*interventio principalis proprie sic dicta*) se l'interveniente sostiene spettare a lui un più forte diritto con cui vuole escludere ambedue le parti litiganti. Tale intervento principale spetta, ad esempio, alla figlia, se sia *sui iuris*, e il padre, sciolto il matrimonio, voglia ripetere la dote ²⁴⁾.

Un intervento principale improprio (*interventio principalis anomala*) quando spetta all'interveniente un diritto comune ad una delle parti litiganti che si cerca di aggiungere mediante l'intervento ²⁵⁾. Questo, secondo il diritto romano, poteva aver luogo quando una moglie al tempo

²¹⁾ Nov. CXV [Zach. 29] cap. 3 e 4. Se anche per qualche altro motivo si controvertesse intorno alla validità del testamento e mediante collusione o parzialità del giudice si avesse una decisione a danno dei legatari e in favore degli eredi testamentari, ciò non danneggia i legatari rimanendo a questi impregiudicato il loro diritto di agire contro la parte vittoriosa. L. 50 § 1 D. *de legat.* I (30). L. 14 D. *de appellat.* [49 1].

²²⁾ Nov. CXII [Zach. 25] cap. I.

²³⁾ VOET, *ad Pandect. h. t.* § 35. — HOFACKER, tomo III § 4270.

²⁴⁾ L. 2 pr. L. 34 D. *Solutio matrimon.* [5 18].

²⁵⁾ *Io. Casp. HEIMBURG, Prog. de intervent. principali anomala* (Jenae 1756). — NETTELBLADTS *Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit*, § 102.

dello scioglimento del matrimonio, si fosse trovata tuttora sotto la patria potestà e il padre da solo volesse ripetere la dote; poichè in questo caso la *dos profectitia* spetta insieme al padre e alla figlia: il padre non può quindi ripetere la dote se non col consenso espresso o tacito della figlia ²⁶).

Se l'interveniente aiuta soltanto a far valere i diritti di una parte, perchè l'esito del processo ha influenza anche sul suo diritto, questo è un intervento accessorio e può avvenire volontariamente come, per esempio, quando il fideiussore s'immischia nel processo contro il debitore principale affinchè non si verifichi alcuna collusione a suo danno: o su domanda di una delle parti litiganti, come, per esempio, se il compratore chiede al venditore che lo rappresenti giuridicamente ²⁷).

Se finalmente la intenzione dell'interveniente sia diretta in parte a far valere il suo proprio diritto, in parte alla rappresentanza dell'una o dell'altra delle parti litiganti, questo vien detto intervento misto.

Tutte queste specie d'intervento concordano in ciò:

1. che suppongono sempre nell'interveniente un fondato interesse a cagione di un diritto presente ²⁸) che stia in qualche rapporto con la causa principale e sia reso almeno probabile ²⁹), ad ogni modo posto fuori di dubbio mediante l'*iuramentum calumniae* ³⁰) a).

²⁶) L. 2 §§ 1 e 2 e L. 3 D. *Solutio matrimon.* L. 34 D. *eodem.*

²⁷) VOET, h. t. § 35.

²⁸) SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid.* lib. I *Sect.* II cap. 5 § 2. — a WERNHER. *Observat. for.*, tit. III parte I. *Obs.* 42.

²⁹) Cap. 38 X *de testib.* — VOET, *ad Pand.* h. t. § 37. — PUFFENDORF, *Observat. iur. univ.*, tomo IV *obs.* 37.

³⁰) SCHAUMBURG, loc. cit. nota *. — DANZ, *Grunds. des ord. bürg. Processes*, § 479 nota 2.

a) L'art. 201 *Cod. proc. civ.* dice: « Chiunque abbia interesse in una causa vertente fra altre persone può intervenire, ecc. ». Nelle decisioni giurisprudenziali si può trovare una definizione concreta dell'interesse richiesto per intervenire in causa non si però che si possa dire rimossa ogni incertezza. Invero secondo alcuni giudicati dei nostri tribunali il diritto di intervenire si ritiene accordato a chiunque abbia un interesse qualunque esso si sia, assoluto, o condizionale, passato o futuro, certo o probabile, purchè si tratti di causa dalla cui decisione possa rimaner pregiudicato il proprio diritto. App. Genova 2 giugno 1871, *Racc.* XXIII, 2, 430. Basta un interesse ipotetico

Riguardo ad un diritto ancora futuro è sufficiente una protesta per difendersi contro un danno temibile, in quanto non ricorra un caso in cui il danno soprastante possa essere riparato in seguito ³¹⁾.

2. Esse debbono esser dirette contro una delle parti originariamente litiganti, a meno che la intenzione dell'interveniente non sia quella di arrogarsi da solo il diritto controverso; nel qual caso l'intervento deve esser diretto contro ambedue le parti litiganti. L'interveniente deve quindi, secondo la diversità del suo scopo, indicare precisamente contro quale delle parti principali litiganti è diretto il suo intervento ^{32) a)}.

3. Ogni intervento deve necessariamente, per la connessione della causa, esser portato dinanzi a quel giudice, presso cui pende la causa principale, sia egli del resto un giudice ordinario o giudice delegato, semprechè quest'ultimo sia costituito per tutta la causa ³³⁾. Finalmente

31) *Iust. Henn.* BOEHMER, *Diss. de iure futuro* (Halae 1741) cap. II § 17. — CLAPROTHS *Einleitung in den ord. bürgerl. Process*, parte II § 448.

32) CLAPROTH nella cit. *Einleitung*, parte II § 450.

33) VOET, *ad Pand. h. t.* § 36. — WERNHER, *Select. Observat. for.*, tomo II parte VII. *Obs.* 125. — CLAPROTH, *Process*, parte II § 447.

e futuro, non è necessario che sia certo ed attuale. Cass. Napoli 30 marzo 1871, *Legge* XI, 1, 420. Tuttavia altri giudicati restringono questa larghezza e richiedono che l'interveniente abbia un interesse attuale diretto e positivo all'oggetto proprio della causa in cui vuole intervenire. App. Casale 21 giugno 1873, *Giurispr. torin.* X, 493.

L'interesse per intervenire in causa può essere così materiale come morale. Cass. Firenze 26 maggio 1874, *Giurispr. torin.* XI, 495.

Ma l'interesse del terzo non è sufficiente ragione per l'intervento coatto di lui. Si richiede piuttosto che al terzo sia comune la lite che si agita e che una delle parti abbia interesse a chiamarlo in giudizio. Cass. Firenze 8 maggio 1873, *Legge* XIII, I, 678.

Si può domandare qui, se, ammessa pure una grande larghezza nel giudicare l'interesse necessario per intervenire in causa, sia motivo sufficiente per chiedere ed ottenere l'intervento il solo timore che vengano stabilite massime di giurisprudenza contrarie ai propri interessi. Ed è stato giustamente deciso negativamente. Appello, Bologna 21 dicembre 1875, *Raccolta* XXVIII, 1, 349. Sulla questione se i creditori dell'interdicendo abbiano diritto d'intervenire nel giudizio d'interdizione o di farvi opposizione di terzo cfr. SASSO, *Gazz. del proc. di Napoli* XIV n. 16 e 17 e in senso affermativo Cassazione Torino 28 giugno 1876, *Giurisprud.* 1876 pag. 632; Corte Appello di Torino 13 dicembre 1878, *Giurisprud.* 1879 p. 126.

a) Il nostro Codice di procedura civile non è esplicito nello stabilire se l'interveniente possa sostenere un proprio diritto indipendente da quello delle parti litiganti. Trovo decisioni contraddittorie. Invero la Corte app. Messina 13 gennaio 1871, *Ann.* V, 2, 218, decise che i terzi i quali abbiano interesse possono sempre intervenire in

4. gli interventi hanno luogo soltanto nell'ordinario processo civile ^{a)}. Quando in un processo criminale si fa valere, mediante adesione, il proprio diritto di pretendere indennizzo dai delinquenti inquisiti, ciò non può dirsi un intervento perchè il concetto di questo non si adatta alla semplice adesione; la domanda di indennizzo e la cognizione della causa criminale costituiscono qui due punti diversi e fra loro indipendenti, che il giudice in pari tempo è obbligato a decidere nella sua sentenza ³⁴⁾.

Le citate specie d'intervento sono fra loro diverse però in questo che

1. l'intervento principale origina una nuova controversia nella quale l'interveniente è riguardato come attore, le due parti implicate nel processo principale come convenute, e l'effetto

a) dell'intervento principale propriamente detto sta in ciò che la lite agitata sino a qui deve tacere sino a che l'intervento non sia deciso irrevocabilmente; tuttavia, non sempre, ma soltanto quando l'intervento principale, come d'ordinario, è di tal natura che

³⁴⁾ DANZ, *Grunds. des bürgerl. Processes*, § 481 nota 2. — GROLLMANN'S *Grunds. der Criminalrechtswissenschaft*, § 703. Di altra opinione è tuttavia il sig. cons. aul. KLEINSCHROD in *Theoria processus sic dicti denunciatorii seu potius adhaesionis in causis criminalibus obvenientis* (Wirceburgi 1797), § 6.

giudizio, sia per appoggiare le istanze dell'una o dell'altra parte, sia per sostenere un proprio diritto. Ma la Corte app. Firenze 14 ottobre 1873, *Ann.* VIII, 2, 71, decise invece che se il terzo può farsi interveniente per coadiuvare l'assunto di una delle parti contendenti, non gli è permesso peraltro di far valere un diritto proprio indipendente da quello delle parti litiganti.

^{a)} L'intervento è ammesso tanto nel procedimento formale, quanto nel sommario: in quello finchè non sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, in questo finchè non sia cominciata la relazione della causa all'udienza. *Cod. proc. civ.* art. 201. Secondo l'articolo 491 di questo Codice nel giudizio di appello non si ammette intervento in causa se non di coloro che hanno diritto a formare opposizione di terzo. Si disputa tuttavia se l'intervento in appello possa essere coatto. Lo nega il RICCÌ, *Comm.* II n. 538-539. Cfr. la decisione della Cassazione, di Firenze 26 novembre 1874, *Ann.* VIII, 1, 490 e della Cassazione di Torino 22 aprile 1871, *Legge*, XI, 1, 521.

Del resto, la questione dell'intervento non rientra necessariamente nel procedimento incidentale. L'interveniente non è tenuto a promuovere incidente per l'ammissione del suo intervento: spetta alle parti contrarie ed opposenti di proporre e far giudicare con la forma degli incidenti le questioni relative all'intervento medesimo. Appello Milano 31 gennaio 1871, *Racc.* XXIII, 2, 39. Ciò non toglie che la questione relativa all'intervento possa proporsi ed essere giudicata ad occasione di un incidente, la cui risoluzione dipende dal vedere se l'intervento sia o no ammissibile. Appello Casale 21 aprile 1873, *Racc.* XXV, 2, 286.

se l'interveniente vince, inutile sarebbe la lite fra l'attore e il convenuto. Per esempio, quando due litigano intorno alla validità di un testamento ed io accampo una pretesa sull'eredità in base ad un contratto di successione ereditaria ³⁵). Se non si verifica quel caso si può continuare, malgrado l'intervento, nella causa principale. Per esempio, se l'erede conviene un debitore ma l'interveniente sostiene che questo credito gli è stato donato dal defunto, la causa principale può sempre seguitare contro il debitore.

b) L'intervento principale improprio al contrario non impedisce mai il corso del processo principale, ma è discusso insieme alla causa principale; affinchè tuttavia l'intervento non venga mandato a vuoto, l'interveniente può pretendere una cauzione ³⁶).

Un effetto del tutto opposto ha l'intervento accessorio. Questo non dà origine mai ad un nuovo processo, ma rende soltanto l'interveniente un consorte di lite che vien considerato come una persona sola con quella parte per cui esso interviene. L'interveniente deve qui assumere e continuare la causa nello stato in cui la trova ³⁷).

2. L'intervento principale ha luogo in ogni tempo e stato della causa principale ³⁸). È quindi ammissibile anche nelle superiori istanze e non lo impedisce neppure la sentenza ³⁹). Soltanto l'interveniente, se deve essere impedita con ciò la esecuzione, deve poter dimostrare pienamente che appunto gl'importa in modo principale che non preceda la esecuzione, poichè gliene deriverebbe un danno irreparabile ⁴⁰). Altrimenti l'interveniente può soltanto pretendere cauzione per l'indenizzo ⁴¹). L'intervento accessorio invece non è più ammesso quando

³⁵) SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.*, lib. I sect. II cap. 5 § 3. — WERNHER, *Observat. for.*, tomo I parte II. *Obs.* 469. — CLAPROTHS *Einleitung in den ord. bürgerl. Process*, parte II § 453.

³⁶) HEIMBURG. cit. *Progr. de interventione princ. anomala*, §§ 12 e 13.

³⁷) Cap. 2 in fine. *Ut lite pendente in 6to.* — SCHAUMBURG, l. c. § 4. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 272. — L. B. CLAPROTH *de Interventione*, cap. III § 34.

³⁸) DANZ, *Grunds. des ord. bürgerl. Proc.*, § 482.

³⁹) *Io. Paul. BESSERER, Diss. de interventione post sententiam* (Giessae 1744).

⁴⁰) WERNHER, *Observat. for.*, tomo II parte VII. *Obs.* 171. — MEVIUS, tomo II parte VII. *Decis.* 371.

⁴¹) CLAPROTHS *Einleitung in den ord. Process*, § 452. — MEVIUS, tomo II parte VII. *Decis.* 396.

la causa sia già decisa irrevocabilmente. Questo, secondo il suo concetto, può aver luogo solo in quanto l'assistenza dell'interveniente possa essere tuttora di giovamento ⁴²⁾.

Finalmente

3. per ciò che riguarda l'intervento misto, questo assume l'indole dell'uno o dell'altro di quegli interventi che in esso prevale ⁴³⁾. D'ordinario vien giudicato secondo le regole dell'intervento principale, poichè questo è il più considerevole ⁴⁴⁾.

§ 532.

Quando taluno può esser costretto ad agire contro sua volontà? ^{a)}

Di regola nessuno contro la sua volontà può esser costretto a promuovere un'azione, ma dev'esser rilasciato all'arbitrio di ogni attore l'agire o no ⁴⁵⁾. Hanno luogo tuttavia eccezioni ⁴⁶⁾. A ciò spettano i casi

1. quando taluno o a cagione del contratto concluso o del suo ufficio è obbligato ad agire. Esempi, in cui taluno a cagione di un contratto può esser costretto ad agire contro altri, si hanno nelle L. 5 § 12 D. *commodati* [13 6], L. 13 § 30 D. *de action. empti ac venditi* [19 1], L. 60 § 5 D. *locati* [19 2], L. 2, pr. D. *ad leg. Rhod. de iactu* [14 2]. Se io quindi, ad esempio, ho prestato la mia cosa ad un amico per darla in pegno ai suoi creditori, posso, quando il creditore è soddisfatto e non vuole consegnare pacificamente il pegno,

⁴²⁾ CLAPROTH. *de interventione*, cap. III § 33. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid.*, lib. I sect. II cap. V § 5.

⁴³⁾ MARTINS *Lehrbuch des bürgerlichen Processes*, § 226.

⁴⁴⁾ CLAPROTH *bürgerl. Proc.* parte II § 460.

⁴⁵⁾ L. un Cod. *Ut nemo invitus agere vel accusare cogatur* [3 7]. L. 5 § 6 D. *de doli mali et met. except.* [44 4].

⁴⁶⁾ *Ge. Ad.* SCHUBERT, *Diss. de actore invito ad agendum provocato* (Lipsiae 1723).

^{a)} È massima fondamentale della nostra procedura *invitus agere nemo cogitur*. I casi ai quali allude il GLÜCK sono tuttavia interessanti anche per noi, se ne toglie il giudizio di iattanza.

costringere il comodatario con l'azione contrattuale a promuovere l'*actio pignoratitia* contro i creditori. Poniamo inoltre che il venditore di una casa, vendendo questa, abbia pattuito che il compratore non scacci l'affittuario per la durata della locazione; se questi danneggia la casa, il compratore può costringere il venditore con l'*actio empti* affinchè esso agisca per l'indennizzo contro l'affittuario con l'*actio locati*. In questi casi colui che è costretto ad agire può bensì cedere la sua azione all'altro; vuole tuttavia l'equità che rifonda le spese processuali e paghi ciò che non si può ottenere dal terzo convenuto. Per esempio, se in quel caso il pegno fosse stato danneggiato a cagione di una negligenza affatto lieve, non si può chiedere indennizzo con l'azione contrattuale pignoratizia ceduta contro il creditore, ma di ciò resta responsabile il comodatario. Perciò dice ULPIANO nella citata L. 5 § 12 in fine D. *commodati: Sumtum plane litis caeteraque aequum est eum agnoscere, qui commodatum accepit*. A cagione di ufficio sono invece obbligati ad agire tutori, curatori e fiscali dei principi ⁴⁷⁾.

2. Quando taluno sotto pena della perdita del suo diritto può essere costretto in via giuridica di farlo valere. La richiesta per indurre gli aventi diritti a farli avere può

a) talora provenire dal giudice medesimo. Non è necessaria qui una citazione edittale, come il nostro autore pensa, ma ciò può avvenire anche mediante una citazione privata, che il giudice fa pubblicare con minaccia di preclusione. Siccome tuttavia tale perentoria citazione limitasi soltanto al caso, che presentemente sta dinanzi al giudice, il non aver obbedito alla richiesta giudiziale così avvenuta può cagionare la perdita del diritto, solo in quanto ciò fu effettivamente minacciato ⁴⁸⁾. Quando pertanto, aperto un concorso, i creditori, mediante le emesse citazioni edittali o private, sono richiesti di insinuare al tribunale del concorso in un tempo prescritto le loro ragioni e i loro crediti e in pari tempo coloro che non siano per comparire nel prescritto termine siano stati minacciati con la preclusione, il non presentarsi di un creditore alla liquidazione può bensì cagionare la perdita del diritto di partecipare alla massa concorsuale, non

⁴⁷⁾ L. 16 D. L. 18. L. 24 Cod. *de admin. tutor. et curator*. [5 31].

⁴⁸⁾ Si veda WEBER, *systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit*, § 93 pag. 434 seg.

la perdita del credito stesso ⁴⁹⁾. Non può quindi esser vietato al creditore precluso di far valere la sua pretesa in altre condizioni contro il debitore medesimo o contro altre persone e cose ⁵⁰⁾. Si vede in pari tempo da questo esempio che il giudice non ha sempre e senz'altro la potestà di spingere un creditore ad agire sotto perdita del suo diritto ⁵¹⁾: poichè non si possono restringere ad alcuno i termini accordati dalle leggi per promuovere le azioni ⁵²⁾. Anzi tale minaccia è priva di efficacia, ove questo pregiudizio non sia ordinato dalle leggi stesse ⁵³⁾.

La richiesta a promuovere l'azione può anche

b) derivare dal futuro convenuto se taluno siasi vantato che contro la persona o le cose di lui gli spettano pretese o quegli indugi tanto a promuovere l'azione realmente spettantegli, che il futuro convenuto ha ragione di temere la perdita delle sue eccezioni. Nel primo caso si giova della provocazione *ex lege diffamari*, nel secondo di quella *ex lege si contendat*. Si deriva l'uno e l'altro mezzo giuridico dal diritto romano ed hanno anzi ricevuto il loro nome dalle parole iniziali delle leggi romane su cui sono fondati ⁵⁴⁾; nulladimeno il MEISTER ⁵⁵⁾ ha già bastantemente dimostrato che essi debbono piuttosto la loro origine ad una usuale interpretazione di quelle leggi. Dobbiamo trattare completamente di ambedue questi mezzi giuridici nei seguenti paragrafi.

⁴⁹⁾ Von TRÜTZSCHLER, *Lehre von der Präclusion beym Concurs der Glaubiger*, sez. 2.^a parte 2.^a § 34 seg.

⁵⁰⁾ PUFFENDORF, *Observat. iur. univ.*, tom. I obs. 176. — Von TRÜTZSCHLER, l. c. § 38 seg. — WEBER nella citata *Entwickelung*, § 93 pag. 435 § 109 e § 115 pag. 544.

⁵¹⁾ Von TRÜTZSCHER, sez. 2.^a parte I § 10 not. 1 e § 11 pag. 20.

⁵²⁾ HOEFFNERS, *Commentar. über die Heineccischen Institutionen* § 548 not. 1 pag. 587 e HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. I obs. 106.

⁵³⁾ HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.*, vol. IV obs. 585. — MARTINS, *Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes*, § 69.

⁵⁴⁾ L. 5 Cod. *de ingenuis manumissis*. [7 14] e L. 28 Cod. *de fideiussor.* [8 41]. Quella legge comincia con la parola *diffamari*, questa con le parole *si contendat*.

⁵⁵⁾ *Diss. de falsa probatione processus provocatoriis ex iure Rom.* in *Opuscul. Syllog.* I num. II pag. 76 seg.

§ 533 a.

Della provocazione ex lege diffamari ^a).

La provocazione *ex lege diffamari* ha luogo in seguito ad una nociva dichiarazione o divulgazione riguardante la nostra persona o le nostre cose. Nella L. 5 *Cod. de ingenuis manumissis* [7 14], su cui la medesima è fondata, si ha il seguente caso. Un certo CRESCENZIO era stato diffamato da taluno di non essere ingenuo, ma manomesso. CRESCENZIO promuove l'azione pregiudiziale spettante per la ingenuità presso il preside della provincia. Il quale cita anche il convenuto con l'ingiunzione di contraddire all'asserzione dell'attore, se creda di avere fondate eccezioni; ma il diffamante non comparisce. CRESCENZIO dimostra il fondamento della sua azione ed ottiene una sentenza che gli assicura lo stato d'ingenuità e impone un perpetuo silenzio al diffamante come pena della sua disobbedienza. Qui veramente non si fa parola di alcuna provocazione ad agire, ma CRESCENZIO ha già promosso egli stesso l'azione pregiudiziale per la ingenuità ⁵⁶). Tuttavia la pratica già dai tempi dell'imperatore FE-

⁵⁶) Si veda specialmente Jo. KOENEN, *Commentat. ad. L. 5 Cod. de ingen. manum. vetum eius sensum usumque, quem in foris nostris nacla est, expendens* (Duisburgi ad Rhenum. 1744 5).

^a) Cfr. MUTHÉ, *De origine processus provocatorii ex L. diffamari quem vocant comment.* (Erlangae 1883) e PERTILE, VI p. 506. Nel medio evo gli studenti furono specialmente favoriti dal rimedio della L. *diffamari* secondo un uso proprio delle città universitarie. Quando uno scolare voleva partire da Bologna per tornarsene a casa poteva chiedere al giudice *ex lege diffamari* ovvero *si contendat* di assegnare al cittadino bolognese un termine per far valere i suoi diritti contro di lui. ROSSHET, *Dogmengesch. des Civilrechts* pag. 85. Aggiungerò pochi cenni intorno alla nostra antica giurisprudenza per la quale si deve ricorrere a RIDOLPHINI, *De ordine proced. in iudiciis in Romana curia*, parte III cap. 3 intitolato appunto *de iactationibus et molestationibus*, al SABELLI, *Summa div. tractat.* I § *actor* n. 11 seg. e IV § *remedia* n. 39; e soprattutto al DE LUCA, *Dottor volgare*, lib. XV cap. 3 n. 3-7 (vol. IV della ediz. di Firenze 1843 pag. 71 seg.). L'opera del DE LUCA, riassunto delle molte dissertazioni sue inserite nel *Theatrum iustitiae*, si deve considerare anche in questo argomento come il miglior sistema elementare di diritto comune italiano.

Il rimedio nascente dalla L. *diffamari* si disse presso di noi *iudicium iactationis* ed anche, sebbene meno frequentemente, *iudicium difamationis*. Onde sino ai nostri tempi si ebbero i così detti giudizi di iattanza e anche preventivi.

DERICO III ⁵⁷⁾ a) intende questa legge come relativa ad un'avvenuta eccitazione ad agire in seguito ad una nociva iattanza: e deriva di qui quel mezzo giuridico per cui taluno, che si è vantato spettargli pretese sulla nostra persona o sulle nostre cose, può esser richiesto di presentare e far valere in via giuridica le sue vantate pretese o di aspettarsi che gli venga imposto un perpetuo silenzio. E tal mezzo giuridico vien detto (a cagione delle parole iniziali della L. 5 Cod. *de ingenuis manum.*) *provocatio ex lege diffamari* ⁵⁸⁾. Noi osserviamo intorno a questa provocazione ciò che segue.

I. Essa suppone un'avvenuta diffamazione. La parola *diffamari* significa propriamente far conoscere, divulgare o portare in pubblico qualche cosa che torna in danno di altri. Ma secondo il linguaggio della pratica dicesi diffamazione ogni asserzione o dichiarazione fatta stragiudicialmente da taluno a nostro danno, sia in pubblico, sia a quattr'occhi, sia che consista in un discorso ingiurioso, sia in un semplice vanto di supposte pretese ⁵⁹⁾. Non ogni diffamazione origina tuttavia una provocazione *ex lege diffamari*, ma questa

⁵⁷⁾ Come ha osservato BERGER, *Elect. processus provocatorii*, § 6 pag. 214 seg. in base al *Comm. ad L. diffamari* di BLARER.

⁵⁸⁾ *Diet. Herm.* KEMMERICH, *Exercit. qua capita quaedam iudicii provocatorii ex Lege diffamari illustrantur* (Vitembergae 1724) e specialmente Jo. Christ. KOCH, *Diss. de foro competente provocationis ex lege diffamari* (Giessae 1777).

⁵⁹⁾ SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.*, L. II cap. 6 § 4. — KOCH, *cit. Diss.* cap. I § 1. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, specim. LXXXI med. 2. L'ultimo sostiene che anche in uno scritto privato dove richiedesi qualche cosa da taluno e si pretende di avere un diritto contro di lui, possa concretarsi una diffamazione tale che abbia luogo la provocazione *ex lege diffamari*. A questa opinione contraddicono i Frat. BECMANNI in *Consil. et Decision.* parte I Consil. XXXVIII n. 8 pag. 439 seg. Tuttavia il motivo che le leggi accordano la interpellazione ad ogni creditore, L. 32 pr. D. *de usur.* [22 1], non è persuasivo: poichè chiaramente ciò è da intendere soltanto di quei creditori, che accampano fondate pretese. Ma la provocazione *ex L. diffamari* vien diretta soltanto contro coloro i quali si vantano di talune ragioni che, i provocanti non ammettono in loro.

a) In quest'asserzione il GLÜCK si appoggia, come vedesi nella nota 57, su BERGER che alla sua volta rimanda a BLARER, giurista del secolo XVI, autore di una buona *Repetitio* intorno alla L. *diffamari*. Ma è errore credere che questi asserisca essere stato introdotto in Germania il processo provocatorio *ex L. diffamari* sotto Federico III: egli parla invece di altra azione, come ha osservato anche il MUTHER, *op. cit.* pag. 7 nota 10.

II. propriamente si verifica solo allora che il diffamante si è vantato di un diritto o di un'azione spettantegli contro di noi o le nostre cose ^{a)}. Essa non è quindi

1. un mezzo acconcio quando la divulgazione racchiude una semplice ingiuria ⁶⁰⁾, poichè mediante questa provocazione il diffamato non potrebbe pretendere altro che il provocato dimostri la verità della sua ingiuria o diffamazione. Il diffamante eseguisce o no questa prova. Nel primo caso il processo provocatorio termina e il provocante niente altro può ottenere mediante il mezzo giuridico da lui scelto; nel secondo caso vien imposto bensì al provocato un eterno silenzio, ma ciò non costituisce una soddisfazione per la lesione nell'onore recata al provocante. Se egli la esige, deve quindi promuovere l'azione per ingiuria. Che cosa ha dunque guadagnato con la provocazione? Si obietta in contrario che al diffamato può importare di ottenere una pubblica conferma che il diffamante non siasi trovato in grado di dimostrare la sua asserzione; possa quindi con tanto miglior successo esser promossa la vera e propria azione d'ingiuria contro di lui, dal momento che non ha potuto dimostrare la sua

⁶⁰⁾ SCHAUMBURG, cit. loc. § 4 e not. ***** — BERGER, *Elect. proc. provocator.* § 12 pag. 219. — HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.* vol. II obs. 635. — KOCH, citata *Diss.* cap. I § 3 num. 1. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4267. — CLAPROTH, *Einleitung in die sämmtl. summarischen Prozesse* § 270. — DANZ, *Grundsätze der summarischen Prozesse* § 72 e specialmente KLEINSCHROD, *Doctrina de reparatione damni delicto dati*, specim. II. (Wirceburgi 1799) § 17.

a) Secondo la teoria di BALDO la *L. difamari* non doveva essere invocata che per cause attinenti allo stato di una persona, ma nella nostra pratica non era seguita; anzi questo rimedio si poteva adoperare per tutte le cause, civili, criminali, matrimoniali, dotali e feudali. RIDOLPHINI, l. c. n. 72 e 124. BALDO si teneva stretto con la sua teoria il più che fosse possibile al diritto romano. Ma l'istituto del processo provocatorio non ha davvero, come osserva il GLÜCK, che una lontana origine romana. Non si può neppur dire esattamente col RICHERI, *Univ. iurispr.* IV § 2010 che il nostro istituto sia derivato da un'interpretazione estensiva del diritto romano compiuta dai pratici, perchè fu un istituto nuovo. D'altra parte a torto il FABER, *Codex fabr.* III lib. 7 def. 3 not. 1 dice che fu introdotto per errore dei pratici e degli interpreti. Derivò piuttosto da bisogni nuovi e s'innestò sul vecchio tronco del diritto romano; *ex usu forensi et moribus... a Glossatoris inventis iurique Romano adcomodatis* dice il MÜLLER, op. cit. p. 13. Così accadde per altri istituti pure.

diffamazione⁶¹⁾. Ma il diffamato può raggiungere appunto questo scopo anche con l'azione per ingiuria, che non è neppur sempre estinta mediante la eccezione che il discorso offensivo si fonda sul vero⁶²⁾. Apparisce da ciò in pari tempo che una cumulazione della provocazione con l'azione per ingiuria è ancor meno opportuna. Anzi è pure in sè stesso affatto contraddittorio provocare ad una lite quegli contro cui tosto si promuove l'azione⁶³⁾. Veramente il QUISTORP⁶⁴⁾ pensa che una tal congiunzione sia da ritenere ammissibile almeno quando l'invito giudiziale dovesse esser diretto a questo, che, cioè, nel caso che il provocato convenga della diffamazione, gli venga imposto di provare la verità medesima e in difetto di sufficiente prova non soltanto sia ingiunto a lui un perpetuo silenzio, ma eziandio, per l'azione d'ingiuria in questa guisa sufficientemente fondata, venga condannato alla pena comminata e alla prestazione della privata soddisfazione. Nulladimeno non è da pensare a ciò: perocchè anche nell'azione per ingiuria la domanda può esser diretta a questo che il convenuto o dimostri la verità del suo offensivo discorso o dia una soddisfazione⁶⁵⁾, senza che vi sia bisogno di quel cumolo che il QUISTORP suppone. In generale io non consiglierei mai di dirigere il libello alla prova della verità, perchè così l'attore concede al convenuto che se sia in grado di fornire questa prova egli non pretenderà da lui un'ulteriore soddisfazione e perchè poi l'eccezione della verità non estingue l'azione per ingiuria quando il rimprovero di veri delitti sia fatto in luogo indebito o in modo ingiurioso o da un individuo a ciò non autorizzato

61) Si veda il signor prof. WEBER nei *Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden* punto I num. 4 pag. 32 seg. e lo stesso *über Injurien und Schmähchriften* sez. 2.^a pag. 96.

62) KOEHNEN, cit. *Comment. ad L. 5 Cod. de ingen. manum.* cap. II § 63 e § 30. — Joh. Lud. SCHMIDTS, *hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien*, vol. 2 num. LXII pag. 214 seg. — WEBER, *über Injurien* sez. 1.^a pag. 171. — HÜBNER, *über Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen und Injurien* (Leipzig 1800) pag. 219 seg. — Von BÜLOW u. HAGEMANN, *pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, vol. 3 Erört. 11.

63) BERGER, *Elect. processus provocator.* § 13. — WERNHER, *Select. observat. for tom. I parte V obs. 12.* — HOFACKER, l. c. cap. I tom. III § 4207 num. 1.

64) *Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit*, parte 2.^a osserv. LXI.

65) KLEINSCHROD, cit. *Doctrina*, specim. II § 17 pag. 32.

per rapporti personali⁶⁶). Se tuttavia, malgrado ciò, taluno nel caso che il discorso si concreti in una vera ingiuria, vuol provocare il suo avversario *ex L. diffamari* affinchè provi la sua asserzione o attenda che gli sia imposto silenzio per sempre, egli può farlo se lo creda opportuno. Per lo meno in pratica non deve temere che la provocazione sia rigettata dal giudice come inammissibile⁶⁷). Supponendo la provocazione una iattanza di pretese proprie del diffamante, ne segue

2. che essa non è ammissibile nel caso che la diffamazione si riferisca al diritto di un terzo⁶⁸). È indifferente del resto che la diffamazione avvenga condizionatamente o incondizionatamente. Il LUDOVICI⁶⁹) sostiene che in una iattanza condizionata il provocante debba aspettare il verificarsi della condizione; ma questa opinione è infondata⁷⁰).

III. La provocazione *ex L. diffamari* non ha luogo contro colui, il quale non può esser onerato della prova di quel diritto che sostiene spettargli, ma ha la presunzione a suo favore. Quindi il possessore di una cosa non può esser costretto ad agire quando nega che altri abbia un diritto sulla medesima⁷¹) a). Qui il provocante deve esser

⁶⁶) HÜBNER, *über Ehre und Injurien*, pag. 220 seg.

⁶⁷) MEVIUS, tom. I parte I decis. CXLIV. Questo giurista dopo aver citato una quantità di motivi pei quali egli pure ritiene inopportuna la provocazione *ex L. diffamari* per una semplice ingiuria, soggiunge: *Hae rationes sufficere potuissent ad excludendum aut removendum a convinciis illud remedium, si nondum pro iis in usum venisset, et sine hoc de eo iudicandum foret. Postquam autem consuetudine, et stylo curiae sic invaluit, ut iniuriarum causa ex L. diffamari agatur, etsi id primum per errorem et abusum contigerit, tamen sequi oportet, donec lege corrigatur. Quam condere sicut non est iudiciis, ita nec consuetudinem tollere. Praevalere debet apud iudicem consuetudo suae opinioni*

⁶⁸) BERGER, *Electa process. provocator.*, § 17. — KOCH, cit. *Diss.* cap. I § 3 pag. 15.

⁶⁹) *Einleitung zum Civilprocess.* cap. 5 § 6.

⁷⁰) SCHAUMBURG, *Princip. prax. iur. iud.*, lib. II cap. 6 § 4 nota ** e GMELIN e ELSSAESER, *gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle*, lib. IV n. XVII § 164 pag. 242.

⁷¹) LEYSER, *Meditat. ad Pand. specim.* LXXXI medit. 7. — BERGER, in cit. *Electa*, § 15. — Jo. Ad. Theoph. KIND, *Quaestion for.*, tomo I capo 85 pag. 327 seg.

a) Nello stesso senso sotto l'impero dell'art. 906 *Cod. proc. civ. sardo* del 1859 che ammetteva l'azione di iattanza aveva deciso la nostra giurisprudenza. Cass. Torino 18 febbraio 1869. *Giuris rud. torin* VI 329

tosto respinto, perchè egli niente altro domanda che di rigettare sul provocato quella prova che al primo incomberebbe come attore: il che non è equo nè giusto, non potendo esser imposto al possessore di dimostrare il suo diritto sulla cosa posseduta ⁷²⁾. Se pertanto il provocante afferma che sul fondo, posseduto dal provocato, gli spetta un diritto di proprietà o di servitù e questo glielo nega, quello deve esser respinto e promuovere l'azione di rivendicazione o la confessoria conveniente alla sua domanda ⁷³⁾.

IV. La diffamazione deve essere provata e tale prova deve essere immediatamente allegata al libello provocatorio ⁷⁴⁾ a). Siccome tuttavia questa è solo una prova preliminare, sono da ritenere come sufficienti, almeno secondo la pratica comune, anche le copie autentiche delle lettere contenenti la divulgazione o iattanza, e così pure le sommarie deposizioni dei testimoni ricevute davanti ad un notaio ⁷⁵⁾. Questa prova preliminare dell'addotta diffamazione è, del

⁷²⁾ § 4. *I de Interdict.* [4 15]. L. fin. *Cod. de rei vindicat.* [3 32]. L. 4 *Cod. de edendo* [2 1]. L. 7 *Cod. de testib.* [4 20]. — Ab. ENGELBRECHT, *Observat. for.*, specim. IV obs. 107. — MARTIN, *Lehrbuch des bürgerlichen Processes.* § 258 nota d.

⁷³⁾ KOCH, cit. *Diss.* cap. I § 3. — WERNHER, *Observat. for.*, tom. I parte I obs. 227.

⁷⁴⁾ *Ord. del trib. cam. dell'impero del 1555.* Parte II tit. 25. *Decreto imperiale dell'anno 1654* § 83. — CLAPROTHS, *Einleitung in die sämmtl. summarischen Prozesse* § 273. — BERGER, *Elect. proc. prov.* § 26.

⁷⁵⁾ WERNHER, *Observ. for.*, tom. I, parte I obs. 228. — BERGER, *Elect. proc. provoc.* § 27. — SCHAUMBURG, *Princip. prax iurid. iudic.*, lib. II cap. 6 § 5 nota **. Qui tuttavia non ha luogo delazione di giuramento. BERGER, cit. *Elect.* § 28. — MEVIUS, parte III decis. 393. — Chr. Frid. POHL, *Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati.* (Lipsiae 1786), § 7 pag. 14. — LUDOVICI, *Einleitung zum Civilprocess.* cap. 5 § 12 e SCHMIDTS, *Commentar über Klagen und Einreden*, lib. 2 § 272 not. x. Di altra opinione sono però CLAPROTH, l. c. pag. 383 e KOEHNEN in *Comm. ad L. 5. Cod. de ingen. manumissis* cap. V § 13.

a) Nella nostra antica giurisprudenza si largheggiava in questo proposito. Il SABELLI, l. c. § actor n. 13 insegna che, colui che agisce in virtù della L. *difamari*, *debet saltem summarie de praetensa difamazione docere.* Tuttavia la pratica della curia romana, che era un modello tanto autorevole per tutti i tribunali, non richiedeva ciò. Il DE LUCA, l. c. n. 6 scrive: « Presso gli antichi e forse anche oggi in alcuni tribunali per intentare quel giudizio o rimedio desideravasi la prova formale delle diffamazioni ovvero dei vantamenti. Però nella Corte di Roma... questa prova non è in uso, sicchè basta asserirlo, perchè se ne concedano le commissioni e i monitori ».

resto, così necessaria per costituire la provocazione *ex L. diffamari*, che, senza la medesima, il giudice non sarebbe nè obbligato, nè autorizzato ad ordinare una citazione del provocato ed anche una citazione già ammessa dovrebbe esser ritenuta nulla ed inefficace ⁷⁶⁾.

V. La provocazione dà origine ad un proprio processo sommario in cui il provocante o diffamato devesi riguardare come attore, il provocato o diffamante come convenuto ^{a)}. Di qui parecchi giureconsulti ⁷⁷⁾ hanno tratto la conseguenza che la provocazione, in virtù della regola che l'attore deve seguire il fóro del convenuto, debba esser promossa dinanzi al giudice del diffamante. Pure, essendo il processo provocatorio un semplice processo preparatorio con cui si apre la via ad un altro processo principale, ove il diffamante è attore, il diffamante

⁷⁶⁾ MEVIUS, parte IX decis. 98 e 102. — WEENHER, *Obs. for. tit. I parte III obs. 177.* — *Fratr. BECMANNORUM, Consil. et Decis.*, parte I cons. XXXVIII num. 7 pag. 439. Si deve qui consultare specialmente KEMMERICH, *Exercit. qua capita quaed. iudicii provocatorum, ex L. diffamari illustrantur.* § 9.

⁷⁷⁾ VOET, *Commentar. ad Dig. h. t. § 23.* — KOEHNEN, *Commentar. ad L. 5. Cod. de ingen. manumiss.* cap. IV § 2 e specialmente Jo. Hartw. REUTER, *Diss. de foro competente provocationum ex practica L. diffamari et L. si contendat.* (Halae 1751).

^{a)} Questo era uno dei punti più controversi fra i nostri antichi decidenti e consulenti. Taluni, come, ad esempio, l'*AFFLICT. Decis.* 268, il *GRATIAN. Discept.* 686 n. 11 etc., ritenevano che colui che intenta tali rimedi diffamatori fosse attore. Altri invece che fosse da considerarsi come convenuto. Così il *MENOCH. De arbitr. caus.* 98 n. 7 (uno dei più riputati fra i cattedratici del secolo XVI), il *CAPYC. decis.* 18, lo stesso *GRATIAN, discept.* 85, dove riprova la ricordata decisione dell'*AFFLICT*, il *MYNSING. Observ.* 90. Questa seconda opinione è indicata come più vera e più comune dal *SABELLI, Practica univers. § libelli* n. 3. Invero insegna il *RIDOLPHINI*, l. o. n. 52-53 che sebbene regolarmente chi primo agisce in giudizio sia da considerarsi attore, oïd non deve valere pel giudizio di iattanza *nam cum difamatus fuerit... ad se defendendum provocatus, potius causae naturalis, quam accidentalis origo est attendenda.* Sulla questione vedi pure *DE LUCA*, l. o. n. 7 e *SABELLI, Summa I § actor* n. 11.

Non era certamente conforme alla nostra antica giurisprudenza di trattare tale questione sotto un aspetto semplicemente teorico. Essa, mi si permetta la digressione, non disgiungeva mai l'aspetto pratico dal teorico nelle molteplici questioni che prediligeva: forse per questo le nostre Università del secolo XVI erano ancora affollate di uditori stranieri, in specie tedeschi, quando già i romanisti francesi erano saliti in tanta fama ma seguivano un indirizzo troppo teorico e talvolta troppo filologico e storico (Cfr. il mio libro *La scuola padovana di diritto romano nel secolo XVI*). Invero allora presso di noi la scuola ed il fóro erano stretti in tenace accordo.

Degli effetti pratici della nostra questione, accennati anche dal *GLÜCK* (sebbene egli giunga alle stesse conseguenze della giurisprudenza italiana senza accettare quella che abbiam detto comune opinione, sivero col considerare il processo provocatorio come un semplice processo preparatorio) dirò nelle note seguenti.

mato convenuto, la stessa natura della cosa insegna che in quello stesso tribunale, ove si deve promuovere l'azione principale, deve pure avvenire la provocazione. Essendo questo il fóro del diffamato, il medesimo deve indubbiamente riguardarsi come l'unico competente pel processo provocatorio ⁷⁸⁾ a). Che per questo mezzo giuridico non si debba avere alcun riguardo al fóro del diffamante è prescritto pur chiaramente nel tenore dell'ordinanza camerale di procedura ⁷⁹⁾, ove dicesi: se poi il diffamato non sia soggetto all'impero, anche quegli o quella causa che secondo la sua natura non vi appartiene, non può essere intrapreso per atto della stessa parte presso il nostro imperiale tribunale camerale alcun processo contro il diffamante senza riguardo a quale autorità sia sottoposto, ma la causa in ambedue i punti della diffamazione e della causa principale, deve essere rimandata ai tribunali ordinari. Con ciò concorda anche la pratica odierna ⁸⁰⁾. È quindi del tutto infondato e contrario ad ogni analogia giuridica ciò che alcuni giureconsulti ⁸¹⁾ sogliono sostenere: doversi, cioè, ri-

⁷⁸⁾ Appunto afferma ciò anche LEYSER, *Meditat. ad Pand. specim.* LXXXI, medit. 3 et 4. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid.*, lib. II cap. 6 § 3. — KEMMERICH, cit. *Exercitat.*, § 8. — KOCH, cit. *Diss.* cap. I § 10 seg. — CLAPROTH, *Einleitung in die summarischen Processe*, § 271. — DANZ, *Grundsätze der summarischen Processe*, § 74. — Jo. Andr. HOFFMANN, *Diss. de genuino remediorum provocatoriorum eorumque actionum annexarum usu practico* (Jenae 1753) § 13. — HOFACKER, *Princ. iur. civ.*, tom. III § 4266.

⁷⁹⁾ Parte 2 tit. 27 § 2. Si veda su questo passo KOCH, cit. *Diss.* cap. II § 14 seg.

⁸⁰⁾ Joah. MYNSINGER, *Centur. VI* obs. 90 num. 3. — GAIL, lib. I obs. 9 num. 3. — KOCH, vol. II consil. IV num. 32 seg. — CARPZOV, *Process. iur.*, tit. XX art. II § 1. — Questi dice: *Concors est interpretum opinio, usu fori satis probata, quod ex L. diffamari agi debeat coram iudice diffamati ad instituendam scilicet actionem contra diffamatum, vel ad tacendum et diffamatum postea non inquietandum.*

⁸¹⁾ MEVIUS, parte III decis. 212 et 213. — BERGER, *Elect. proc. provoc.* § 20. — WERNHER, *Obs. for.* tom. I parte I obs. 314 parte V obs. 109. — BRUNNEMANN, *Commentar. ad L. 5 Cod. de ingen. manumiss.*, num. II. — Jo. Guil. HOFFMANN, *selectar. quae ad usum fori spectant. Observation. Syllog.* diss. VII obs. 55. — LUDOVICI, *Einleitung zum Civilprocesse*, cap. 5 § 3. — KNORR, *Anleitung zum gerichtlichen Processe*. L. 3 punto principale 5 § 2.

a) Già BARTOLO, *Ad l. societatem* (76) § *arbitrorum D. pro socio* [17 2] aveva insegnato che colui che intenta il rimedio della L. *diffamari* può promuovere il giudizio dinanzi al suo giudice, come quello dinanzi a cui il diffamato, valendosi dell'azione,

putare competente riguardo alla provocazione *ex L. diffamari* ogni giudice, se anche pel resto non sia quello che spetta al diffamante; opinione che non merita accoglienza alcuna già per la circostanza che una citazione emessa da un giudice notoriamente incompetente ha tal poco valore obbligatorio, qual può essere la efficacia di una ingiunzione di perpetuo silenzio, partita da tal giudice⁸²⁾. Siccome tuttavia la provocazione, riguardo alla causa principale, non opera prevenzione alcuna⁸³⁾ è pur sempre libero il provocato o diffamante di scegliere, fra più competenti giudici del provocante, quello dinanzi a cui egli vuole promuovere l'azione principale contro il medesimo⁸⁴⁾ a).

VI. L'effetto della provocazione *ex L. diffamari* consiste in questo che se il provocato promuove convenientemente dentro il termine fissato l'azione a lui proposta, il processo provocatorio, come sempli-

⁸²⁾ L. 20 D. *de iurisdicit.* [2 1]. — LEYSER, *Specim.* LXXXI medit. 4. Altra cosa è se il provocato s'impegna nella lite dinanzi ad un giudice incompetente senza allegare a difesa la eccezione che gli spetta riguardo al fóro, essendo così prorogata la giurisdizione. Vedi SCHAUMBURG, *Princ. prax. iurid.* L. II cap. 6 § 8 nota ***.

⁸³⁾ PÜTTER, *libell. de praeventione atque inde nata praescriptione fori*, cap. V § 51. — HOFFMANN, cit. *Observat. for.*, diss. VII obs. 55.

⁸⁴⁾ WERNHER, *Observat. for.* tom. I parte I obs. 211. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tom. III § 4266 *in fin.* — DANZ, *Grundsätze der summarischen Prozesse*, § 74.

dovrebbe convenirlo. Questa era pure l'opinione ricevuta nel fóro. RIDOLPHINI, l. c. n. 54. Ciò consideravasi conseguenza della massima che il provocante si deve ritenere come convenuto.

a) Anche qui o'imbattiamo in una viva controversia agitata pur nelle nostre antiche scuole. Si trattava di sapere se avendo il diffamato più giudici ordinari rispetto ai quali può esser convenuto ed avendone questi scelto uno presso il quale ha iniziato il giudizio di iattanza, possa il diffamante ricorrere ad altro giudice, pur competente, per iniziare il suo giudizio. Riteneva, ad esempio, l'affermativa MARIANO SOCINO, la negativa il CAGNOLI. Cfr. RIDOLPHINI, l. c. n. 56-67. In altri termini la questione riducevasi, anche per i nostri giuristi, a decidere se lo avere promosso il giudizio di iattanza costituisca prevenzione riguardo alla causa principale. Ricollegavasi poi naturalmente alla massima che essendo il provocante da riguardarsi qual convenuto, non deve togliersi al provocato la scelta che gli spetta, come attore, fra i più fóri del convenuto. E così infatti ritenevasi. SABELLI, *Summa* I § *actor* n. 11, *Practica § libelli* n. 1. Anzi ciò era pure espressamente detto in talune leggi particolari, ad esempio, in una legge fiorentina del 23 gennaio 1872 ricordata dal SABELLI.

Per lo stesso principio, se il provocante avesse scelto una forma di procedimento meno vantaggioso per il provocato poteva questi, esercitando il suo diritto di elezione come attore, sostituirvi la più comoda per lui. DE LUCA, l. c. n. 7.

amente preparatorio, in questo modo ha termine. Soltanto, se il provocato voglia scegliere un altro giudice del pari competente riguardo alla causa principale, invece di quello dinanzi al quale è avvenuta la provocazione, deve indicare almeno dinanzi al giudice adito dal provocante dove egli abbia promosso l'azione principale⁸⁵). Ove al contrario il provocato resti disobbediente ad una perentoria citazione opportunamente contro di lui emessa, sull'accusa di disobbedienza portata dal provocante, viene effettivamente comminata la pena minacciata del perpetuo silenzio e il provocato in pari tempo condannato nelle spese processuali cagionate⁸⁶). Contro questa sentenza non ha luogo alcun mezzo giuridico⁸⁷) e il provocato non può promuovere ulteriore azione a causa della sua vantata pretesa, nè presso quel tribunale che gli ha imposto silenzio, nè presso alcun altro⁸⁸). Se, malgrado l'imposto silenzio, continua tuttora la sua nociva iattanza, ciò deve essergli proibito dal giudice sotto minaccia di convenienti pene in danaro o in carcere⁸⁹).

VII. Se e in quanto questo mezzo giuridico trasmettasi agli eredi è una questione giuridica molto controversa. Alcuni⁹⁰) lo negano assolutamente e sostengono che la provocazione *ex L. diffamari* non spetta nè agli eredi del diffamato, nè contro gli eredi del diffamante purchè non abbia avuto luogo col defunto l'impegno nella lite. Nuladimeno è chiaro che vengon qui applicati i principi dell'azione per ingiuria in modo affatto inopportuno ad un mezzo giuridico, il quale se pure viene adoperato per una dichiarazione lesiva dell'onore, non può affatto esser giudicato alla stregua di questi principi poichè ha

⁸⁵) CLAPROTH, *Einleitung in sämmtl. summa. Prozesse*, § 277. — DANZ, nei cit. *Grundsätze*, § 79.

⁸⁶) DANZ, nei cit. *Grundsätze*, § 78.

⁸⁷) CLAPROTH, l. c. § 281. Tuttavia ciò suppone una vera disobbedienza. Se il provocato potesse quindi scusare con motivi giuridici la sua non comparsa non potrebbe essergli interdetto l'appello. Vedi GAIL, lib. I obs. 132. — HOFFMANN, *teutsche Reichspraxis*, parte 2.^a § 1416. — KOEHNEN, cit. *Commentat.*, cap. V § 43.

⁸⁸) BERGER, *Elect. proc. prov.* § 42 pag. 257 e SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid.*, lib. II, cap. 6 § 6.

⁸⁹) DANZ, *Grunds. der summar. Prozesse*, § 83.

⁹⁰) TEXTOR *ad Recess. Imp. nov.*, disp. V th. II. — MARTINI, *Commentat. for.*, tit. I § 5 num. 85.

uno scopo del tutto diverso da quello dell'azione per ingiuria ⁹¹⁾. Il BERGER ⁹²⁾ ha fundamentalmente confutato questa opinione, ma è caduto in un estremo tanto strano nella sua specie, che abbisogna non di una confutazione, ma almeno di esser citato. Il BERGER crede, cioè, che questa provocazione abbia a fondamento un così detto quasi-contratto e per conseguenza trapassi attivamente e passivamente agli eredi senza ulteriore distinzione. Chi ha un qualche concetto dei quasi-contratti romani, troverà certamente molto a proposito l'osservazione del signor prof. WEBER ⁹³⁾, quando egli dice che si richiede una vera disposizione al creare finzioni per derivare questo mezzo giuridico da un quasi-contratto. Nel complesso i nostri odierni giureconsulti ⁹⁴⁾ sono concordi che sia da fare una distinzione fra gli eredi del diffamato e quelli del diffamante. Secondo la loro dottrina debbono i primi esser sempre autorizzati a promuovere questa provocazione, poichè succedendo l'erede nei diritti e nelle obbligazioni del defunto, può in primo luogo avere spesso un forte interesse alla causa, per cui non gli sia indifferente di far cader il discorso, abbia o no un valore. In secondo luogo l'erede deve almeno questo alla memoria del suo autore, che cerchi di mantenere più che sia possibile illeso il buon nome di lui. Deve perciò esser pure autorizzato a richiedere giudizialmente coloro, i quali hanno detto qualche cosa di nocivo pel defunto, che provino in via giuridica le loro asserzioni. Questi sono i motivi coi quali il signor prof. WEBER appoggia particolarmente l'opinione del CLAPROTH. Tuttavia, secondo la natura di questo mezzo giuridico, mi sembra che principalmente si debba aver riguardo se le pretese, delle quali il diffamante si è vantato, originerebbero un'azione che ha luogo anche contro gli eredi del diffamato, o siano semplicemente personali, che da loro medesime estinguonsi con la morte del diffamante. Solo nel primo caso, credo io, possono gli eredi del diffamato aver fondato interesse di invitare il diffamante

⁹¹⁾ LUDOVICI, *Einleitung zum Civilprocess.*, cap. 5 § 25.

⁹²⁾ *Elect. proc. provocat.*, § 44.

⁹³⁾ *Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden*, sez. 1.^a n. 4 pag. 31.

⁹⁴⁾ DANZ, *Einleitung in die sämmtl. summar. Prozesse*, § 272. — DANZ, *Grundsätze der summar. Prozesse*, § 73. — WEBER, l. c.

ad agire, non nel secondo⁹⁵⁾. Se la diffamazione si riduce ad una semplice ingiuria, dopo ciò che ho detto sopra, ritengo in generale questo mezzo come inopportuno. L'erede potrebbe per ciò agire solo in quanto la ingiuria che ha colpito il suo autore colpisca in pari tempo lui e conseguentemente il disonore del suo autore per la iattanza possa esser nocivo per lui stesso. Solo in questi limiti dice ULPIANO⁹⁶⁾: *heredis interest, defuncti existimationem purgare* e dà a lui perciò un'azione per ingiuria.

Per ciò che al contrario riguarda gli eredi del diffamante, la maggior parte degli odierni giureconsulti affermano che questi non possono esser convenuti per la diffamazione del loro autore, se essi pure per parte loro non abbiano continuato la nociva divulgazione⁹⁷⁾. Solo il defunto prof. SCHMIDT⁹⁸⁾ e l'HOFFMANN⁹⁹⁾ sono di altra opinione: questi ritengono che l'azione di diffamazione, dal momento che l'oggetto della medesima non costituisce una semplice ingiuria, possa essere adoperata senza distinzione anche contro gli eredi del diffamante, perchè gli eredi debbono rispondere delle azioni del defunto e la provocazione *ex L. diffamari* non ha a fondamento un semplice e personale interesse privato verso il diffamante ma piuttosto una giustificazione pel grosso pubblico, che non è persuaso come la diffamazione sia infondata se dovesse rimanere sotto silenzio per la morte del diffamante. Però questa ultima opinione si contraddice da sè medesima se si pensa che la diffamazione è un atto del tutto personale, la cui efficacia per conseguenza non può estendersi agli eredi come tali. Inoltre lo scopo del nostro mezzo giuridico è semplicemente questo che il diffamante debba far valere giuridicamente le sue vantate pretese o attendersi che gli sia imposto un perpetuo silenzio. Se per tanto l'erede non partecipa in alcuna guisa alla diffamazione del suo autore, non può continuare anche contro di lui il

⁹⁵⁾ Io. Andr. HOFFMANN, *Diss. cit. de genuino remediorum provocatoriorum usu practico*, § XII.

⁹⁶⁾ L. 1 §§ 4 e 6 D. *de iniuriis*. [47 10]. — KLEINSCHROD, *Doct. de reparatione damni delicto dati Specim.* II §§ 3 e 4.

⁹⁷⁾ CLAPROTH, § 272. — DANZ, § 13. — WEBER, pag. 34.

⁹⁸⁾ Commento teorico pratico al *Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden*, del suo padre, lib. 2 pag. 34 nota y.

⁹⁹⁾ *Diss. cit. de genuino remedior. provocator. usu pract.* § XIII.

motivo dell'obbligazione che sorge dalla diffamazione. Sarebbe per lo meno molto assurdo pretendere dagli eredi del diffamante che essi provassero una iattanza fatta dal loro autore, o dovessero attendersi un perpetuo silenzio, come coloro ai quali non è ancora accaduto di accampare tali pretese o di volerle accampare. Così giustificasi veramente l'opinione di quei giureconsulti i quali negano che la provocazione *ex L. diffamari* abbia luogo contro gli eredi del diffamante. Quando essi tuttavia aggiungono la eccezione che i medesimi potrebbero essere convenuti se per parte loro hanno pure continuato la nociva iattanza, apparirà senz'altro a ciascuno che essi non vengono più presi in considerazione come eredi del diffamante, ma piuttosto a cagione della loro propria diffamazione; per conseguenza non possono mai essere provocati come eredi. Da ciò apparisce pure che se anche la provocazione già durante la vita del diffamante fosse stata promossa contro di lui, la causa avrebbe fine appena il provocato muore. L'erede che non vuole partecipare in alcun modo alla diffamazione del suo autore, non è quindi obbligato a continuare il processo. Siccome però l'erede è almeno obbligato a quelle prestazioni che si riferiscono al patrimonio e per conseguenza deve risarcire il danno che il suo autore ha cagionato ad altri per mezzo di illecite azioni, si comprende da sè che l'erede deve almeno rifondere al provocante le spese processuali ¹⁰⁰⁾ a).

¹⁰⁰⁾ WEBER, l. c. pag. 35.

a) Il giudizio provocatorio secondo la *L. diffamari* conservato tuttora in alcuni codici (ad esempio, nel *Regolamento austriaco del processo civile* cap. VII), fu abrogato dal Codice di procedura civile sardo del 1855, ripristinato e regolato da speciali norme in quello del 1859, abolito poi nuovamente dal vigente Codice di procedura civile del 1865. Cfr. anche *Verbalis Comm. legislat. Cod. proc. civ.* Verbale n. 13 seduta 5 maggio 1865 pag. 136. Pareva che quel giudizio dovesse essere ammesso, ma poi non fu accolto. Onde la nostra giurisprudenza è pacifica nel ritenere che sotto il regime di questo, il giudizio di iattanza (barbaramente di giattanza) non esiste più, nè le sono mancate le occasioni di decidere in questo senso. Cfr. Cass. Napoli 27 luglio 1867, *Ann. Giur.* I, 1, 377, App. Torino 30 novembre 1869, *Giurispr. torin.* VII, 74; Cass. Firenze 6 ottobre 1871, *Giurisprud. torin.* IX 299 e nota; App. Casale 30 aprile 1782, *Ann.* VI, 2, 317, App. Firenze 6 maggio 1873, *Ann.* VII, 2, 509.

Così la procedura è stata liberata da un giudizio troppo contrario alla massima *in vitus agere nemo cogitur*, che deve esser fondamentale in un buon sistema procedurale e mentre si è reso omaggio così ai principi, non si è lasciato sprovvisto di protezione in alcun caso il diritto dell'individuo, offeso dalle altrui iattanze.

§ 533 b.

Della provocazione ex L. si contendat a).

Affatto differente da quella richiesta ad agire è la provocazione *ex L. si contendat*. Si intende sotto questo nome quel mezzo giuridico che sia doperata per la conservazione di eccezioni spettanti contro un'azione imminente nel caso che, per un più lungo indugio dell'attore, sia da

Per agire in giudizio richiedesi un interesse. Ma questo, secondo l'art. 36 *Codice proc. civ.*, deve essere più grave di quello che non si richiedesse nei Codici che ammettevano il giudizio di iattanza. Invero non è opportuno che l'autorità giudiziaria intervenga per un interesse privato di applicabilità futura ed eventuale, quando poi con ciò si pregiudica all'eguaglianza delle parti litiganti e si pone l'una di esse in condizione migliore aprendo l'adito inoltre a molteplici processi privi sovente di risultato. Tali erano le conseguenze dannose del giudizio di iattanza. Si aggiunga pure che per quanto giustificabili fossero teoricamente le dottrine dei nostri antichi giuriconsulti, era pur sempre artificioso che un processo potesse essere promosso dal convenuto contro la volontà dell'attore. Non si debbono prendere vie contorte quando per la più semplice e naturale si può raggiungere un dato scopo: questo è il pregio cui aspira l'odierna procedura. Invero se il vanto o la iattanza è una vera e propria diffamazione la miglior via è quella suggerita dal ГЛУК, cioè di ricorrere alla querela per diffamazione. Se il vanto invece, senza costituire un'ingiuria, offende gli altrui diritti (ad esempio, taluno vantando crediti vistosi contro una ditta commerciale, le fa perdere il credito), l'azione che naturalmente spetta all'offeso è quella per risarcimento dei danni. Il caso rientra nella colpa extracontrattuale. Giova qui ricordare che l'art. 1151 *Cod. civ.* stabilisce: qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno. Pertanto colui che crede dannoso a sé le altrui iattanze non abbisogna di alcuno speciale giudizio, ma inizia un ordinario procedimento in cui reclama riparazione dei danni prodotti dalle iattanze. Quindi diviene attore e non solo deve provare che il vanto investe effettivamente lo speciale diritto che egli pretende lesa, ma anche che è destituito di ogni giuridico fondamento. App. Casale 30 aprile 1872, *Ann.* VI 2 317. Si vede così come gli antichi giudizi di iattanza si siano trasformati presso di noi in giudizio per riparazione di danni ed offrano tuttora, sotto altro aspetto, occasione a molte delicate e sottili questioni che qui per brevità è d'uopo omettere.

a) Cfr. su questo processo pure MÜLLER, op. cit. p. 24 seg. Secondo BALDO in *Margar. ad Innocentium verbo silentium* il rimedio della *L. si contendat* sarebbe stato applicabile solo nel caso che sorgesse una *controversia possessionis* e allora egli consigliava tal rimedio in base alla Glossa ad *L. Aurelius § centum D. de lib. leg.* [34, 3]. Ma il medesimo non fu limitato nella nostra antica pratica alla *contentio super possessione*, si vero fu applicato in *aliis casibus ubicumque legitima exceptio competit etiam si difamatio non praecesserit*. RIDOLPHINI, l. c. n. 125. È vero però che il rimedio *ex L. si contendat* si poteva facilmente cumulare con l'altro. COVAREV. *Var. Resolut.* lib. I cap. 18 n. 3. Tuttavia sono due rimedi aventi figura giuridica diversa, come dirò.

temerne la perdita ¹⁾). Anche questo mezzo giuridico è fondato sul diritto romano così poco come il precedente, ed è stato introdotto piuttosto mediante l'uso del fóro. La L. 28 D. *de fideiussor.* [46 1], dalla quale comunemente si cerca di derivare l'origine del medesimo e dalle cui parole iniziali ha ricevuto il nome, non parla di alcuna provocazione. PAOLO non dice altro che: *Si contendat fideiussor, caeteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam, si non et illi solvendo sint.* Il MEISTER ²⁾ parafrasa il passo così: un creditore cita uno tra più fideiussori, il quale gli oppone la *exceptio divisionis* e cioè in un tempo in cui gli altri confideiussori sono ancora solventi. Il creditore però tralascia di convenirli e in seguito essi diventano insolventi. Ora domandavasi se il creditore potesse convenire di nuovo il fideiussore già preso di mira pel primo o se questo si potesse tuttora difendere con l'*exceptio divisionis*. PAOLO risponde affermativamente. Il principio contenuto in questa legge sarebbe dunque questo: la *exceptio divisionis*, quando sia stata allegata in tempo debito, è sempre dipoi vantaggiosa al fideiussore, se anche in seguito i rimanenti confideiussori fossero diventati insolventi. Ma il MEISTER ha palesemente trovato in questa legge più di quello che vi si contiene. PAOLO vuole semplicemente dir questo: se un fideiussore, che il creditore ha convenuto tra più, asserisce che i rimanenti pure sarebbero in condizione di pagare, non potrebbe esser senz'altro condannato *in solidum* al pagamento, ma il pretore dovrebbe in vantaggio di lui aggiungere alla istruzione per l'*iudex pedaneus*: « eccetto che gli altri potessero pagare » ³⁾. Noi osserviamo intorno a questa provocazione ciò che segue:

¹⁾ Wolf. Ad LAUTERBACH, *Diss. de remedio Legis, si contendat. D. de fideiussoribus* [46 1], Tubingae 1668 (vol. III *Dissertat.*) — BERGER, *Elect. processus provocatorii*, § 47 seg. — Bern. Fried. Rud. LAUHNS *nutzbarer Gebrauch der Vorklage wider klare Briefe und Siegel in den Länden des sächsischen Rechts nach dem fr. 28 D. de fideiussor. vermehrt von Joh. Christ. GRUBER* (Leipzig 1786). — CLAPROTHS *Einleitung in die sämtlichen summarischen Prozesse*, § 282 seg. — SCHMIDTS *Commentar über seines Vaters Lehrb. von gerichtlichen Klagen und Einreden*, vol. 3 § 848-852.

²⁾ *Diss. de falsa probatione processus provocatorii ex iur. Rom.* cap. IV § 13 in *Opuscul. Syllog.* I pag. 127 seg.

³⁾ Vedi HUGO, *civilistisches Magazin*, vol. I fasc. 3 pag. 266, ed HOEFFNERS *Commentar über die Institutionen des Heineccius*, § 841 nota 1 pag. 835.

I. Essa è pure un invito ad agire al pari della provocazione *ex L. diffamari* ed è un'idea affatto errata quella del nostro autore, di ritenere tale provocazione come un invito alla replica, quasi che si potesse cominciare una lite con una replica ⁴⁾. Tuttavia molti pratici giureconsulti sono di quella opinione ⁵⁾. Nulladimeno è vero questo che qui la domanda non si deve dirigere alla pena del perpetuo silenzio ⁶⁾, ma piuttosto a che, ove il provocato non agisca, le eccezioni addotte dal provocante contro le pretese del provocato siano dichiarate durevolmente efficaci e valide ⁷⁾.

II. La provocazione *ex L. si contendat* ha soltanto per iscopo la conservazione delle difese che si hanno contro un'azione imminente ⁸⁾. Che ammetta sempre nel provocato un diritto ad agire, il quale può essere paralizzato da eccezioni, come lo SCHAUMBURG ⁹⁾ afferma, non è necessario ¹⁰⁾. Le difese possono essere anche di tal natura che negasi così il diritto di agire del provocato ¹¹⁾. Le eccezioni debbono soltanto esser tali da avere influenza sulla decisione stessa della causa principale (*exceptiones merita causae concernentes*) e poter pro-

4) CLAPROTH, cit. *Einleitung*, § 286. — DANZ, *Grundsätze der summar. Prozesse*, § 87 nota **. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4268. — HÜPFNER, loc. cit. § 841 pag. 834.

5) WERNHER, *Observat. for.*, tomo II parte X *Obs.* 315. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid.*, lib. II cap. 6 § 2. — NETTELIADT *Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelehrtheit*, § 252. — LAUHN nella citata memoria, §§ 28 e 43.

6) Tuttavia secondo il parere dei pratici non sarebbe da rigettare come disadatto un libello provocatorio nel quale sia domandata la imposizione di un perpetuo silenzio, perchè al provocato vien come imposto un perpetuo silenzio quando le eccezioni del provocante siano state dichiarate durevolmente efficaci. — Vedi *L. B. a* WERNHER, *Observat. for.* tomo I parte II, *Obs.* 487.

7) *de* CANNGIESSER, *Collect. Decision Hasso-Casselanar.*, tomo I *Decis.* CXVII num. 2. — HOFFMANN, *Diss. cit. de genuino remedior. provocat. usu.* § XXXIII nota a.

8) LAUHNS *nutzbarer Gebrauch der Vorklage*, § 42. — MARTINS *Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes*, § 260.

9) *Princip. prax. iurid. iud.*, lib. II cap. 6 § 2.

10) CLAPROTH, *Einleitung in die sämmtl. summar. Prozesse*, §§ 284 e 286 pag. 402 — e MARTIN, loc. cit.

11) LAUHN, nel cit. libro §§ 27 e 61.

durre una liberazione dall'azione, siano esse del resto perentorie o dilatorie ¹²⁾ b).

III. Essa ha luogo propriamente soltanto quando il provocante teme che le sue eccezioni o i sussistenti mezzi di prova delle medesime possano andar perduti a cagione di un più lungo indugio dell'azione ¹³⁾. Di qui segue:

1. che quando pel creditore non è ancora venuto il momento di agire, perchè questo diritto dipende dal decorso di un certo tempo o dal verificarsi di una condizione, esso non può esser provocato *ex L. si contendat* ¹⁴⁾: a meno che la condizione o il termine non si riferiscano semplicemente al diritto del provocante, il quale soltanto per proprio vantaggio potrebbe differire ancora l'azione. Qui si verifica la provocazione, perchè il provocante rinunzia al suo diritto con questo che chiede al creditore di agire ¹⁵⁾. Si vuole applicare ciò anche ad altri diritti futuri e si afferma che, ad esempio, un vassallo che lasci dopo sua morte soltanto delle figlie, niun erede mascolino, possa già, durante la sua vita, invitare i suoi futuri successori nel feudo, per convenire con loro chi sia l'investito, chi l'erede, quando sia da temere un processo, dopo la morte di lui, intorno alla sua successione ¹⁶⁾. Si accoglie quindi come regola che la provocazione *ex L. si contendat* abbia luogo in tutti i casi nei quali esiste fondato timore che lo stato dei nostri affari giuridici possa peggiorare in seguito, se anche non si tratti precisamente della conserva-

¹²⁾ LUDOVICI, *Einleitung zum Civilprocess*, cap. VI § 5. — LAUTERBACH, cit. *Diss. de remedio L. si contendat*. cap. V § 39 seg. — HOFFMANN, *teutsche Reichspraxis*, parte II § 1420. — LAUHN vom Gebrauch der Vorklage, § 62.

¹³⁾ BERGER, *Elect. proc. provocat.* § 50, dove egli dà la regola: *Quoties, cunctante in agendo creditore, debitoris interest, exceptionem in praesens in iudicium deduci, sive ob periculum praescriptionis, sive ob commoditatem probandi sive quacumque alia ratione, toties eidem licet pariter, ac utile est, alterum ex L. si contendat provocare.*

¹⁴⁾ STRYK, *Introduct. ad praxin for.*, cap. V § 9. — LAUTERBACH, cit. *Diss.* cap. III §§ 19 e 30 — HOFFMANN, cit. *Diss.* § 28.

¹⁵⁾ CLAPROTH, *Einleitung*, § 284. — DANZ, *Grundsätze der summar. Proc.* § 85 num. 4. — LAUHN, nel cit. scritto § 60.

¹⁶⁾ BERGER, *Elect. proc. provoc.* § 51. — CLAPROTH, § 285 pag. 401.

b) Vedi p. 296 nota in fine.

zione di certe eccezioni. Tuttavia non si può comprender bene con qual diritto i futuri successori nel feudo debbano poter esser costretti ad impegnarsi già adesso in una lite di successione col presente possessore del feudo, poichè ad essi può del pari importar grandemente di lasciar da parte la causa sino al futuro caso di successione: il vassallo non manca poi di mezzi giuridici per attuare la sua intenzione, come il BÖHMER¹⁷⁾ ha fundamentalmente dimostrato. In generale vien meno:

2. l'uso del nostro mezzo giuridico, se riguardo alle eccezioni non è da temere alcun danno. Questo timore poi sussiste solo

a) quando le eccezioni sono di tal natura che per un più lungo indugio dell'attore potrebbero andare intieramente perdute. Così, per esempio, spetta ad un fideiussore la eccezione della divisione quando egli tra più, e tutti solventi e convenibili con eguale facilità, sia stato citato pel pagamento dell'intiero debito. Ora può darsi che il creditore non promuova la sua azione contro il debitore principale, quando pure il termine del pagamento è già scorso da lungo tempo. Nel ritardo l'uno o l'altro confideiussore potrebbe facilmente diventare insolvente e quindi colui che ancora è solvente perdere la sopra ricordata eccezione. Per conservare pertanto questa è permesso al fideiussore di provocare il creditore *ex L. si contendat*. Così può inoltre il fideiussore, per tutto il tempo che il debitore principale è ancora in grado di pagare, giovarsi del beneficio dell'escussione (*exceptio ordinis seu escussionis*). Se il fideiussore osserva che le condizioni patrimoniali del debitore volgono in peggio, cosicchè egli, per un più lungo indugio del creditore, facilmente potrebbe perdere quella eccezione, ha facoltà di provocarlo *ex L. si contendat* affinchè egli agisca contro il debitore o contro il fideiussore¹⁸⁾. Del pari, secondo la opinione della maggior parte dei giureconsulti pratici¹⁹⁾, questo mezzo

17) *Diss. de iure futuro* (Halae 1741), cap. II § 26. Si veda pure MARTINS, *Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes*, § 258 nota k.

18) LAUTERBACH, cit. *Diss. ad L. si contendat.*, cap. III §§ 24 e 25. — LAUHN, cit. scritto §§ 92 e 93. — HÖFFNER, *Commentar. über die Institutionen*, § 841.

19) LAUTERBACH, cit. *Diss.*, cap. III § 26. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.*, lib. II cap. 6 § 9 nota ***. — LAUHN, nel citato scritto § 64. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4268 nota a. Di altro parere è CLAPROTH nella *Einleitung in die sämmtl. summar. Prozesse*, § 285.

giuridico può esser adoperato per conservare il privilegio della eccezione di non numerata pecunia, che altrimenti, decorsi due anni, si estingue, quando anche spettino a colui che ha emesso il documento di debito altri mezzi giuridici all'uopo ²⁰⁾).

b) La minaccia di una perdita delle eccezioni a cagione di un più lungo indugio può anche verificarsi, quando vi sia da temere che i relativi mezzi di prova ora sussistenti possano andar perduti. Poichè, sebbene in tal caso possa aver luogo una prova a perpetua memoria, con ciò non è in alcun modo escluso il mezzo giuridico della provocazione ²¹⁾. Si afferma veramente d'ordinario che la provocazione *ex L. si contendat* sia un mezzo sussidiario che debba ricorrere soltanto quando il provocante non possa in altro modo allontanare da sè il danno che gli sovrasta ²²⁾. Ma questa restrizione non è fondata, poichè secondo i noti principj di diritto si può sceglier pure un mezzo straordinario se sia più comodo e vantaggioso dell'ordinario ²³⁾. Quindi è fuori di dubbio che la provocazione è ammissibile anche per quelle eccezioni, che potrebbero esser fatte valere mediante azione, poichè è sempre più vantaggioso di farsi convenire che di agire noi stessi ²⁴⁾).

IV. Quantunque per la provocazione *ex L. si contendat* non sia richiesta una prova preliminare per parte del provocante, come nella provocazione *ex L. diffamari* ²⁵⁾ (poichè è pur sempre una eccezione alla regola se l'attore, già presentando l'azione, debba fornire insieme la prova di questa ²⁶⁾), deve tuttavia il provocante addurre i verosimili motivi del suo timore che per un più lungo ritardo dell'azione o la sua eccezione o i relativi mezzi di prova va-

²⁰⁾ HÖFFNER, *Commentar über die Institutionen des Heineccius*, § 853.

²¹⁾ LAUTERBACH, c. 1 § 27.

²²⁾ Gottl. WERNSDORF, *Diss. de remedio provocatorio ex L. si contendat in processu executivo* (Vitemb. 1773) § 10. — CLAPROTH, loc. cit. § 285. — DANZ, loc. cit. § 85 num. 5.

²³⁾ LAUTERBACH, cit. *Diss.* §§ 26 e 27. — LAUHNS *nutzbarer Gebrauch der Vorklage*, § 42 nota t. pag. 107. — MARTIN, *Lehrbuch des bürgerlichen Processes*, § 258 nota I pag. 311.

²⁴⁾ BERGER, *Elect. proc. provoc.* § 50. — CLAPROTH, *summar. Proc.* § 286 pag. 402.

²⁵⁾ SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.*, libr. II cap. 6 § 10.

²⁶⁾ LAUHN, cit. scritto § 17 e nota l.

dano perduti ²⁷⁾ c). Ove il giudice trovi che per lo stato della causa non è da temere assolutamente alcun danno per il provocante, la provocazione non è ammissibile. Riguardo alla prova delle eccezioni, la cui conservazione questo mezzo giuridico ha per iscopo, importa distinguere se il provocante ammetta o no un diritto ad agire nel provocato. Nel primo caso il provocante deve fornire la prova della sua difesa, nell'altro il provocato quella della sua futura azione ²⁸⁾.

V. La provocazione *ex L. si contendat* deve di regola esser recata al fòro del provocante, dove è da discutere l'azione principale ²⁹⁾. Siccome però il provocante in questa specie di provocazione non è sempre il futuro convenuto, e il provocato può talora dirigere contro un terzo l'azione, che vien eccitato a promuovere, la provocazione in questo caso può esser recata al fòro ordinario del provocato ³⁰⁾. Tale è il caso in cui il fideiussore si vede costretto a provocare il creditore contro il debitore principale per conservare il beneficio della escussione ³¹⁾. Se il provocante avesse una pluralità di fòri, secondo l'opinione comune rimane impregiudicato, anche in questo mezzo giuridico, al provocato, promuovendo l'azione principale contro il provocante, di scegliere un giudice diverso da quello, presso cui è avvenuta la provocazione ³²⁾. Il provocante non può quindi aiutarsi

²⁷⁾ HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4268 num. 1 pag. 702.

²⁸⁾ BERGER, *Elect. proc. provocat.* § 49. — LAUTERBACH, cit. *Diss.*, cap. IX § 78 e LAUHN, nel citato scritto §§ 49-52.

²⁹⁾ LAUTERBACH, cit. *Diss.*, cap. IX § 62. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.*, lib. II cap. 6 § 3 nota ** e § 9. — LUDOVICI, *Einleitung zum Civilprocesse*, cap. 6 § 7. — BERGER, *Oeconom. iuris.*, lib. IV tit. XXXII parte I nota 5. — CLAPROTH, *summar. Processe*, § 283. — LAUHN, loc. cit. §§ 4 e 109.

³⁰⁾ LAUHN, nel citato scritto § 43 pag. 112.

³¹⁾ LAUHN, § 926 pag. 194, anche § 37.

³²⁾ LAUTERBACH, *Diss.* cit. cap. IX § 66. — BERGER, *Oeconom. iur.* lib. IV tit. 32 parte I nota 5. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.*, lib. II cap. 6 § 9 nota *. — RIVINUS, in *Specim. exception. for.*, cap. IV num. 8-12 pag. 29 seg. — PÜTTER, *lib. de praeventione*, cap. V § 57 num. III. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tom. III § 4266 in fine. — CLAPROTH, *summar. Processe*, § 283.

^{o)} Anche secondo la nostra antica pratica non si richiedeva una prova per parte di colui che intentava il rimedio *ex L. si contendat*, ma egli era naturalmente tenuto a provare la sua eccezione. RIDOLPHINI, l. c. n. 108.

di regola con la difesa della connessione di causa o della prevenzione poichè, fra più competenti giudici del convenuto, per regola spetta all'attore la scelta, che il provocante non potrebbe togliergli col suo invito ad agire, essendo questo un mezzo giuridico semplicemente preparatorio. Parecchi giureconsulti ³³⁾ vogliono tuttavia far un'eccezione pel caso che la provocazione *ex L. si contendat* non sia avvenuta per l'azione, ma per la risposta alle allegate eccezioni del provocante e sostengono che in questo caso l'azione spettante al provocato, a causa della sua connessione con la provocazione, non possa esser trattata in alcun altro fòro, che in quello in cui è stato sentito il provocante con le sue difese contro le pretese del provocato, al quale spetta perciò la eccezione della *litis pendenza* per respingere ogni altro fòro. È tuttavia fuori di dubbio che quando il provocato promuove la sua azione presso un tribunale diverso da quello in cui è avvenuta la provocazione, è obbligato a informarne in via giuridica il provocante ³⁴⁾.

VI. L'effetto di questa provocazione sta in ciò che quando vien promossa l'azione dal provocato, termina il processo provocatorio. Se il provocato contrasta l'ammissibilità della provocazione, si deve trattare e conoscere di ciò; se egli resta invece disobbediente, la addotta eccezione o può esser dichiarata durevolmente efficace o il provocante essere ammesso alla prova delle sue eccezioni, e, quando dal compimento di questa appaia chiaramente che al provocante non spetta alcun diritto di agire, il provocato esser respinto nell'azione arrogatasi ^{35) d)}.

³³⁾ *Barth. Leonh. SCHWENDENDOERFER*, in *Processu Fibigiani*, cap. 2 pag. 1509. — *RIVINUS*, cit. *Specim.* pag. 31 — e *LAUHN*, nel cit. scritto § 36 e nota f pag. 99 seg.

³⁴⁾ *LAUHN*, cit. scritto § 35 nota 2 pag. 94, — *CLAPROTH*, *summar. Process.*, § 290.

³⁵⁾ *CLAPROTH*, *summar. Proc.* § 292. — *DANZ*, *Grunds. der summar. Proc.* § 87. — *HOFACKER*, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4268. Del procedimento giudiziale nella provocazione *ex L. si contendat* tratta distesamente *LAUHN* nel cit. scritto § 31 pag. 71 seg.

d) Interesse molto distinguere il rimedio *ex L. si contendat* da quello *ex L. difamari*, poichè, essendo cancellato questo dalla odierna nostra giurisprudenza a torto si argomenterebbe che quello pure dovesse essere totalmente scomparso. La diversità dei due giudizi era già chiara all'intelletto dei nostri antichi pratici. Ad esempio, il *RI-*

§ 534.

Determinazione dell'ordine in cui più cause tra le stesse parti debbono esser trattate dinanzi al tribunale ^a).

Se diversi punti controversi sono da discutere dinanzi al tribunale appunto fra gli stessi interessati, dev'essere osservato il debito

DOLPHEINI, l. c. n. 115 pone in rilievo i seguenti caratteri differenziali tra l'uno e l'altro. Cioè differiscono:

1. per il modo di articolare e di provare;
2. perchè nel rimedio della *L. difamari* l'attore vien costretto ad agire nel termine prefissogli, altrimenti gli vien imposto silenzio; ma nel rimedio *ex L. si contendat* l'attore è costretto ad agire tosto, altrimenti il giudice conosce della eccezione e impone silenzio a colui che non agisce;
3. perchè colui che intenta il rimedio della *L. difamari* costringe l'avversario ad agire e presentare il libello contro di lui, altrimenti non agendo gli viene imposto silenzio. Invece colui che ricorre al rimedio della *L. si contendat* non costringe l'avversario a presentare il libello, ma fa istanza per la dichiarazione del proprio diritto e chiede che l'avversario contradica, se lo ritiene del suo interesse; ove non contradica, la sentenza declaratoria lo pregiudicherà;
4. perchè col rimedio della *L. difamari* si agisce affinchè il diffamante cessi dalla diffamazione, mentre col rimedio della *L. si contendat* si agisce perchè venga dichiarato il diritto che ci spetta.

E già la Glossa ad *L. si contendat* aveva chiaramente indicato lo scopo di questo rimedio insegnando che fu introdotto per evitare il caso che protraendo l'attore l'esperimento dell'azione per un lungo tempo, potesse il convenuto rimaner senza prove che giustificino la sua eccezione. E questo è il tipo del giudizio provocatorio *ex L. si contendat* secondo la nostra antica giurisprudenza. Qui si procede *super exceptionem*, giustamente osserva il DE LUCA, *De iurisdic.* disc. LXXII n. 6.

Vediamo se e in quali limiti sussista tuttora questo rimedio nel nostro diritto.

Nel codice vigente di procedura civile non si fa parola del rimedio *ex L. si contendat*; ma non già perchè abbia inteso abolirlo, davvero perchè non ha voluto farne un tipo speciale di giudizio avente forme e riti propri. In questo senso ha avuto luogo di pronunziarsi anche la giurisprudenza; cf. App. Firenze 6 ottobre 1871. *Giurisprud. torin.* IX 299. Ma chi ricorre a questo rimedio sarà da considerarsi tuttora come convenuto? Lo nega la ricordata decisione. Nulladimeno in senso contrario è da ricordare la decisione della Corte d'Appello di Lucca 11 maggio 1872. *Ann.* VI 2 448, ove l'annotatore giustamente osserva che il ricorso del contribuente all'autorità giudiziaria diretto a far dichiarare non dovuta per l'avvenire l'imposta per cui fu iscritto si risolve nell'esperimento del rimedio della *L. si contendat*, nel quale chi provoca il giudizio conserva la posizione giuridica di convenuto che avrebbe di fronte all'azione già in effetto spiegata.

Secondo la nostra giurisprudenza si deve trattare di eccezioni perentorie. Corte regia, Firenze 17 settembre 1856. *Ann. giur. tosc.* XVIII 2 1405. App. Lucca 11 maggio 1872. *Ann.* VI 2 448.

a) Come appare dalla relazione a S. M. premessa al Cod. di proc. civ. § 37 si è

ordine, affinché non sorga alcuna confusione. Tale ordine (*ordo iudiciorum seu cognitionum*) consiste in questo che le cause concorrenti o debbono esser trattate insieme e l'una presso l'altra o, se ciò non possa accadere, l'una deve essere opportunamente discussa e decisa dopo l'altra. Sono qui da considerare le seguenti regole ³⁶⁾.

I. Se di due cause l'una è pregiudiziale, cioè tal causa dalla cui decisione dipende l'altra, dee quella esser trattata e decisa per prima ³⁷⁾. Le cause pregiudiziali possono essere di due specie:

1. tali che riguardino lo stato di una persona, quando venga promossa azione per l'adempimento delle obbligazioni che ne dipendono o pel riconoscimento dei diritti relativi ad esse. Queste son dette *causae praecursoriae absolutae*, poichè necessariamente debbono esser decise prima che possa farsi questione dei relativi diritti ed obblighi; impediscono quindi il corso della causa principale. ULPIANO ³⁸⁾ ne reca il seguente caso: *si ad libertatem proclamaverit is, cuius nomine noxale iudicium susceptum est, sustineri debet id iudicium, quoad de statu eius iudicetur, et sic, siquidem servus fuerit pronuntiatus, noxale iudicium exercebitur, si liber inutile videbitur*. Appunto in questo senso rescrivono gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO ³⁹⁾: *Cum status quaestionis tibi moveri, et te debita velle petere commemoras: ordinarium est, prius solemnibus interpositis (si hoc iuris admiserit ratio) causam liberalem apud Praesidem provinciae decidi: ut si liber fueris, vel servus non esse pronuntiatus, tunc tibi iure debita restitui subeat: cum hoc incerto, utrumque tibi libero constituto, an domino tuo (si ser-*

³⁶⁾ Io. Nic. HERTII, *Diss. de ordine causarum in iudicio tractandarum* in *Opuscul.*, vol. I tomo III pag. 105 seg.

³⁷⁾ L. 1 *et tot. Tit. Cod. de ord. cognition.* [7 19] cap. 1 2 e 3 X *eodem.* — HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tomo III § 4175.

³⁸⁾ L. 42 D. *de noxal. act.* [9 4].

³⁹⁾ L. 5 C. *de ord. cognit.* [7 19].

voluto semplificare la nostra procedura cancellando la distinzione delle sentenze in preparatorie, interlocutorie e definitive ed assoggettandole tutte ad un unico modo di notificazione e rendendole tutte medesimamente appellabili.

Ciò non toglie che per quanto riguarda la trattazione di più cause fra gli stessi litiganti l'insegnamento del GLÜCK sia tuttora in molta parte utile per noi. Si ricordino qui le massime riguardanti l'esercizio cumulato dell'azione civile e della penale (art. 4 e *Cod. proc. pen.*) e quelle attinenti alla connessione o continenza di causa (art. 98 e seg. *Cod. proc. civ.*).

vum te sententia declaraverit) debeat, ad solutionem debitorem tuum urgeri non oporteat.

2. Tali che riguardano bensì lo stato di un individuo, ma la loro natura fa sì che debbano esser decise prima che si possa procedere alla cognizione e decisione della causa principale (*causae praeiudiciales vulgares*)⁴⁰). A esse appartiene, per esempio, il caso che si agisca per la divisione di una eredità e il possessore della medesima non vuol riconoscere qual coerede l'attore. Qui la causa di divisione d'eredità deve rimanere in sospenso fino a tanto che l'attore non abbia dimostrato il suo diritto di essere coerede. *Nisi enim coheres sit*, dice GAIO⁴¹), *neque adiudicari quicquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est*. Così quando si agisce confessorialmente o negativamente per una servitù reale e sorge contesa intorno al diritto di proprietà dell'attore, questo punto deve essere discusso e deciso innanzi a tutto⁴²). Queste cause pregiudiziali costituiscono quindi 1) sempre una parte della causa principale stessa; spettano quindi 2) a quel giudice presso il quale devesi trattare la causa principale, se anche del resto riguardo alla causa pregiudiziale in sè non fosse competente⁴³). L'inseparabile connessione delle cause rende necessaria tale proroga della giurisdizione⁴⁴). Conferma ciò affatto espressamente la costituzione dell'imperatore ALESSANDRO⁴⁵), dove dicesi: *quoties quaestio status bonorum disceptationi concurrat: nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur*. Solamente quando la causa pregiudiziale sia una causa ecclesiastica, per esempio, una causa matrimoniale, che ha influenza sulla decisione di una lite di eredità, secondo il diritto canonico deve essere rilasciata per la decisione al giudice ecclesiastico⁴⁶), e il giudice secolare è poi obbligato a seguire nella

⁴⁰) CLAPROTH, *Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Process*, parte I § 99. — DANZ, *Grunds. des gemeinen ordent. bürgerl. Processes*, § 52.

⁴¹) L. 1 § 1 D. *de famil. erc.* [10 2].

⁴²) L. 16 D. *de exopt.* [44 2].

⁴³) DANZ, *Grunds. des gemeinen bürgerl. Processes*, § 52, in fine — HOFACKER, *Prinzip. iur. civ.*, tomo III § 4175 num. 1.

⁴⁴) CLAPROTH, *Einleitung in den ord. bürgerl. Process*, parte I § 99 num. 1 pag. 413.

⁴⁵) L. 3 Cod. *de iudic.* [3 1].

⁴⁶) Cap. 3 X *de ordine cognit.*, cap. 5 X *Qui filii sint legitimi*.

decisione della causa principale la sentenza derivante dal tribunale ecclesiastico ⁴⁷⁾. A ragione però vien posta in dubbio nei tribunali protestanti la odierna applicazione di questa disposizione del diritto canonico ⁴⁸⁾, e stabilito il principio generale che le cause pregiudiziali, senza eccezione, siano secolari od ecclesiastiche, civili o penali, a cagione della loro inseparabile connessione colla causa principale, spettino per la decisione al giudice della medesima ⁴⁹⁾. Quanto poco nelle cause pregiudiziali si debba avere riguardo alla competenza della giurisdizione insegnano pure gl'imperatori SEVERO e ANTONINO ⁵⁰⁾. *Adite praesidem provinciae, et ruptum esse testamentum Fabii praesentis agnatione filii docete: neque enim impedit notionem eius, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit. Pertinet enim ad officium iudicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidendam quaestionem, quae in iudicium devocatur, examinare: quoniam non de ea, sed de hereditate pronunciat.* Le cause pregiudiziali debbono inoltre 3) esser trattate con la stessa specie di processo come la causa principale medesima, e 4) per la prova si debbono regolare con quegli stessi principi che convengono alla causa principale ⁵¹⁾. Io voglio a conferma aggiungere soltanto un passo di AFRICANO ⁵²⁾ da cui s'impara insieme qual fosse il processo romano nelle cause pregiudiziali. *Si eius fundi, dice egli, quem tu possides, et ego proprium meum esse dicoam, fructus condicere tibi velim: quaesitum est, an exceptio: quod praeiudicium fundo non fiat* (cioè che l'azione a causa dei frutti non abbia luogo prima che non sia stato conosciuto della proprietà del fondo; poichè dicesi qui *praeiudicium id quod prius esset, respectu iudicii alicuius principalis, iudicandum*, come RAEVARD ⁵³⁾ interpreta) *obstet: an deneganda sit? Et utique putat in-*

⁴⁷⁾ Cap. 2 de Except. in 6to.

⁴⁸⁾ *Just. Henn. BOEHMERI, ius ecclesiar. Protestant.*, lib. II tit. II § 27 o tit. X § 4 — CLAPROTH, *bürgerl. Process.*, parte I § 100 pag. 421.

⁴⁹⁾ DANZ, loc. cit. § 52 in fine. — *Christ. Fried. Ge. MEISTER, Diss. de ordine cognitionum in causarum civilis et criminalis concursu.* (Goett. 1774) § 25.

⁵⁰⁾ L. 1 Cod. de ordine iudicior. [3 8].

⁵¹⁾ GÖNNERS *Erörterungen über den gemeinen Process.* num. VII § 3 pag. 28.

⁵²⁾ L. 18 D. de exception. [44 2].

⁵³⁾ *De Praejudiciis*, lib. I cap. 11 (Operum, Lugduni 1623 8 editor. tomo II pag. 739). — Si veda pure POTHIER, *Pandect. Justinian.*, tomo III lib. XLIV tit. I num. XIV nota e.

tervenire praetorem debere, nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudicio experiri.

II. Quando di due cause l'una è semplicemente preparatoria, l'altra principale, deve quella essere risolta prima di questa ⁵⁴). Una causa può essere preparatoria

1. riguardo al giudice, quando la sua giurisdizione è controversa e il medesimo non ha a suo favore il possesso. In questo caso l'attore deve rivolgersi al prossimo giudice superiore e fare istanza per una provvisoria disposizione ⁵⁵).

2. Riguardo alle parti litiganti e cioè

a) a cagione del fòro da determinare, quando il convenuto o per un contratto o per un privilegio ha la scelta tra più fòri. Ciò costituisce certamente una eccezione alla regola comune, secondo la quale, del resto, spetta all'attore la scelta tra più fòri concorrenti, § 509 p. 1235. (Vedi più sopra pag. 90 seg.). In questo caso l'attore deve presentarsi ad uno dei tribunali fra cui ha la scelta il convenuto, esternare ivi la sua intenzione di agire e in pari tempo fare istanza che venga ingiunta al convenuto la scelta di un tribunale entro un certo termine, con l'ammonimento che in caso contrario la causa sarà ricevuta presso quel tribunale. Se venga trascurato tale termine a far la dichiarazione, il diritto di scelta del convenuto vien meno per questa volta ⁵⁶).

b) A cagione della loro *persona legitima standi in iudicio*, quando perciò, sia per parte del convenuto, sia dell'attore, deve esser ancora tolto di mezzo un difetto, prima che una lite possa esser trattata in modo valido ⁵⁷). A ciò si riferisce, ad esempio, il caso, che si voglia

⁵⁴) DANZ, *Grunds. des ord. bürg. Processes*, § 51.

⁵⁵) CLAPROTH, *Einleitung in den ord. bürgerl. Process*, parte I § 96 pag. 404.

⁵⁶) Von BERGK, *Darstellung der gesetzmässigen Beschaffenheit des dem H. Braunschweig und Lüneburg zustehenden privilegii electionis fori*, punto princ. 2 § 8 — C. F. JAEGER, *unpartheyscher Versuch über die von dem K. Kammergericht in der von Berlepschen Rechtssache ausgeübten Gerichtsbarkeit und den von Sr. Königl. Maj. zu Grossbritannien und Churf. Durchl. zu Braunschweig Lüneburg deshalb ergriffenen Recurs an die allgemeine Reichsversammlung in Rücksicht auf das dem H. Braunschweig Lüneburg zustehende privilegium electionis fori* (Frankfurt u. Leipzig 1799 8). — CLAPROTH, loc. cit. pag. 403.

⁵⁷) DANZ, loc. cit. § 51 lit. B.

agire contro un minore, il quale non ha tutore o contro un assente che non ha lasciato procuratore. Qui devesi in pari tempo fare istanza presso il giudice della causa principale per la nomina di un curatore prima della consegna della citazione. Inoltre quando un minore vuole agire per una divisione deve precedentemente fare istanza al giudice, come tutore superiore, adducendo la necessità o il vantaggio che sarà per conseguirne, affinchè, presa cognizione della causa, gli sia accordato il consenso all'uopo ⁵⁸). Una causa può finalmente

3. esser preparatoria anche riguardo al suo contenuto. Così:

a) quando si insiste perchè il convenuto adduca il fondamento giuridico del suo possesso della cosa litigiosa affine di prenderne norma per l'azione principale ⁵⁹). Per esempio, io non so se il mio avversario possieda la cosa litigiosa come erede o per un altro speciale motivo giuridico, ed io ho necessità di saperlo per promuovere o la petizione di eredità o la rivendicazione.

b) Quando si agisce per la esibizione di una cosa che è oggetto dell'azione principale ⁶⁰).

c) Quando anzitutto si deve reclamare la cessione dell'azione ⁶¹).

Si deve pure osservare

1. che la causa preparatoria di regola deve esser portata innanzi a quel giudice cui spetta la causa principale ⁶²);

2. essa vien trattata col processo sommario; quindi sono qui

3. ordinariamente sufficienti semplici principi di prova ⁶³).

III. Quando di due cause portate dinanzi al tribunale nessuna è preparatoria, e neppure di tal natura che dipenda necessariamente dalla decisione dell'altra, deve decidersi prima quella nel cui ritardo

⁵⁸) CLAPROTH, loc. cit. § 97.

⁵⁹) L. 11 Cod. de petit. heredit. [3, 31]. — WESTPHALS Syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente § 388.

⁶⁰) Vid. Ti. Pand. ad exhibendum [10 4].

⁶¹) L. 13 pr. D. de pign. act. [13 7] L. 1, § 11 L. 14 D. Depositi [16 3] L. 38 L. 59 D. de evict. [22 2]. — CLAPROTH, l. c. § 98.

⁶²) LEYSER, Meditat. ad Pand. vol. II Specim. CXXII, medit. 1. — CLAPROTH, loc. cit. § 98 in fine. — DANZ Grunds. des ord. bürg. Proc., § 51 in fine, pag. 150.

⁶³) GÖNNERS Erörterungen über den Process, num. VII § 2.

è pericolo, sia essa civile, sia criminale ⁶¹⁾. Quando, per esempio, concorre una causa possessoria con una criminale (si supponga che alcuno mediante violenza sia stato spogliato del suo possesso) devesi trattare anzitutto del possesso, prima che si possa ulteriormente conoscere del delitto di violenza. Invero le cause possessorie non ammettono alcun ritardo. Non solo sarebbe sommamente contrario alla equità che il proprietario, a causa della cognizione del punto criminale e fino alla decisione di questo, dovesse esser privato dei vantaggi del possessore; ma sarebbe pure temibile che fossero per accadere nuovi fatti nocivi alla quiete pubblica. Spetta a ciò il decreto dell'imperatore SEVERO ⁶⁵⁾, che così suona: *Prius de possessione pronunciaré, et ita crimen violentiae excutere Praeses provinciae debuit: quod cum non fecerit, iuste ab eo provocatum est.* Quando, al contrario, dal ritardo di una causa criminale, deriverebbero dannose conseguenze pel bene pubblico, questa deve esser risolta per la prima ⁶⁶⁾. Non si può quindi affermare che ad una causa criminale spetti in

⁶¹⁾ Ant. PEREZ, *Praelect. in Codicem*, lib. III tit. 8 num. 2

⁶⁵⁾ L. 1 Cod. *de appellation.* [7 12] agg. L. 7 Cod. *ad L. Jul. de vi publica* [9 12]. In altro modo spiega queste leggi Jac. GOTHOFREDUS in *Commentar. ad L. 3 Cod. Theodos. ad L. Jul. de vi publica* (tom. III pag. 82 edit. RITTER). Egli non crede che in queste leggi si faccia questione di una preferenza della causa possessoria rimpetto alla criminale. Questo sarebbe un malinteso, che sarebbe stato cagionato dall'avverbio *ita* quivi usato, il quale qui non si potrebbe spiegare con *postea* o *deinde*, ma non significherebbe altro che *consequenter*. Il *de possessione pronunciaré* e *crimen violentiae excutere* sarebbe una sola ed istessa cosa e indicherebbe semplicemente l'*iudicium possessionis*, poichè non si potrebbe decidere del possesso senza conoscere in pari tempo dello accampato esercizio della violenza. Lo sbaglio commesso dal preside della provincia starebbe veramente in ciò che egli non avrebbe deciso prima la controversia intorno al possesso, ma intorno alla proprietà. Con lui concorda anche Ev. OTTO in *Praefat.* tomo II *Theo. iur. Rom.* pag. 18. Ma la legge non fa parola alcuna di una preferenza dell'*iudicium possessionis* rimpetto all'*iudicium proprietatis*, per quanto sicura sia in sè questa preferenza. L. 3 Cod. *de interdict.* [8 1]. L. 11 Cod. *de rei vindicat.* [3 32]. L. 3 Cod. *fin. reg.* [3 39] § 4 I. *de interdictis* [4 15]. Anche i Basilici lib. LX tit. 18 interpretano quei passi come relativi ad una preferenza della causa possessoria rimpetto alla criminale. Si veda FACHINACHUS, *Controvers.* lib. VIII cap. 8. — PEREZ, *Praelect. ad tit. Cod. de ordine iudicior.* num 3 e Iac. WOORDA, *Interpretat. et emendation. iur. Rom.*, lib. I cap. 13.

⁶⁶⁾ L. 37 D. *de iudic.* [5 1]. L. 5 § 1 D. *ad L. Jul. de vi publ.* — KLEINSCHROD, *Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim.* 1 § 26.

ogni caso una preferenza sulla civile nell'*ordo cognoscendi*, come già da altri è stato distesamente mostrato ⁶⁷⁾. Finalmente

IV. quando le cause concorrenti sono di tal sorta che è indifferente quale di esse si intraprende per prima, è preferita quella, che è più importante ⁶⁸⁾. PAOLO ⁶⁹⁾ dice: *Per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet: maior enim quaestio minorem causam ad se trahit*. La espressione *praeiudicium fieri non oportet* qui equivale a dire che la causa di minor conto non deve esser discussa prima della più importante, ma piuttosto rimanere in sospeso sino al termine di questa ⁷⁰⁾. Come più importante

1. vien riguardata una causa criminale che concorra con una civile. La costituzione dell'imperatore COSTANTINO ⁷¹⁾ pone ciò fuori di dubbio: *Quoniam civili disceptatione intermissa, saepe fit, ut prius de crimine iudicetur; quod, utpote maius, merito minori praefertur, ex quo criminalis quaestio quocumque modo cessaverit, oportet civilem causam veluti ex integro in iudicium deductam distingui: ut finis criminalis negotii ex eo die, quo inter partes fuerit lata sententia, initium civili quaestioni tribuat*. Qui non parliamo del caso che la causa criminale costituisca un punto pregiudiziale, da cui necessariamente dipende la decisione della causa civile; quindi non possono essere invocate qui le leggi che altri citano: L. 22 C. *ad leg. Corn. de falsis* [9, 22] e L. 33 C. *ad l. Jul. de adulter.* [9, 9]. Esse suppongono infatti chiaramente tal caso che il fatto denunziato come delitto racchiude in pari tempo il fondamento della pretesa civile verso l'accusato o della eccezione opposta all'azione. E così con poca ragione ci può essere obiettato quello che dice ULPIANO ⁷²⁾: *Hoc Edicto contra ea,*

⁶⁷⁾ Jo. Suarez de MENDOZA, *Commentar. ad Legem Aquilianam* lib. III cap. 1 (in MEERMANNI, *Novo Thes. iur. civ. et canon.* tom II pag. 141 seg.). — Crist. Frid. Ge. MEISTER, *Diss. de ordine cognitionum in causarum civilis et criminalis concursu* (Goettingae 1774) §§ 9 10 26-28. — KLEIN, *Merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät*, vol. 3 num. VI pag. 114 seg.

⁶⁸⁾ POTHIER, *Pandectae Iustinianae in novum ordin. digesta* tom. III lib. XLIV Art. II § 13 seg. pag. 253 seg.

⁶⁹⁾ L. 54 D. *de iudiciis*. Si veda intorno a questo passo Iac. RAEVARDUS, *De Praeiudiciis* lib. II cap. 7 (*Operum* tom. II pag. 743 seg.).

⁷⁰⁾ L. 21 D. *de except.* — POTHIER, l. c. § 13.

⁷¹⁾ L. 4 Cod. *de ordine iudicior.* [3 8].

⁷²⁾ L. 2 § 1 D. *Vi bonor. raptor.* [47 8].

quae si committuntur, consuluit Praetor. Nam si quis se vim passum docere possit, publico iudicio de vi potest experiri, neque debent publico iudicio privata actione praeiudicare, quidam putant. Sed utilius visum est, quamvis praeiudicium legi Juliae de vi privata fiat; nihilominus tamen non esse denegandam actionem eligentibus privatam persecutionem.

Perocchè qui ULPIANO vuol dire soltanto che in un delitto l'azione criminale per la pena e la civile per l'indennizzo sono due azioni diverse e indipendenti fra loro, di cui l'una non abolisce l'altra, ma può esser sempre scelta la rimanente, quando anche l'altra fosse stata esercitata, sia pure senza successo. Si vede ciò anche più chiaramente dalla L. un. C. *quando civilis act. criminali praeiudicet* [9, 31], in cui è da osservare che le parole: *sive prius, criminalis, sive civilis actio moveatur* sono un'aggiunta di TRIBONIANO, poichè non trovansi nel codice Teodosiano [9, 20] dove è la costituzione degli imperatori VALENTE, GRAZIANO e VALENTINIANO. TRIBONIANO le aggiunse per confermare in modo più chiaro ciò che per la relazione di ULPIANO alcuni più antichi giureconsulti solevano porre in dubbio, come SUAREZ MENDOZA ⁷³⁾ molto giustamente ha osservato. Vedesi pertanto così bene, come dai passi citati, che a scelta dell'attore può esser promossa prima tanto l'azione civile nascente dal delitto, quanto la penale: e si deve cercare di spiegarci ciò mediante il processo criminale in uso presso i Romani, come WESTPHAL ⁷⁴⁾ con gran fondamento ha dimostrato. Presso i Romani era usuale il processo accusatorio che non permetteva al giudice di procedere d'ufficio in cause criminali; dovevasi perciò sempre aspettare sino a che l'attore si presentasse, vuoi che si trattasse di azione civile, vuoi di criminale. Se pertanto era promossa prima quella, e ciò era possibile secondo le citate leggi, doveva naturalmente esser ricevuta prima la causa civile che la penale; ma appunto perciò era pur discussa prima l'accusa che la domanda civile, quando quella fosse stata presentata innanzi. Se ambedue i punti fossero stati portati insieme davanti al tribunale, poteva lo stesso giudice, che doveva conoscere del punto

⁷³⁾ *Commentar. ad Legem Aquiliam* lib. III cap. 1 num. 7 in MEERMANN, l. c. pag. 141.

⁷⁴⁾ *Criminalrecht. Anmerk.* 14 § 5 pag. 67 seg.

criminale, decidere anche il punto dell'indennizzo ⁷⁵). Ciò non impediva poi che egli cercasse anzitutto e preferibilmente di risolvere il punto criminale: almeno questo vien insegnato dalla L. 4 O. *de ord. iudicior.*, ed è confermato pure eccellentemente dal nostro ordinamento tedesco dei tribunali. Noi abbiamo infatti in Germania il processo inquisitorio, per mezzo del quale il giudice non ha necessità di aspettare l'accusa, come il WESTPHAL ⁷⁶) molto giustamente ha osservato.

Se venga promossa una causa civile e adoperato invece soltanto come eccezione un punto criminale, che pel resto non ha alcuna influenza sulla decisione della causa civile, ma è stato sollevato dal convenuto semplicemente per fare ostacolo al credito civile dell'attore, vien separata la causa criminale dalla civile e questa non può esser fermata con l'immischiarvi quella, come PAPIANO ⁷⁷) espressamente insegna. Dice egli infatti: *Rerum amotarum actio ob adulterii orimen, quo mulier postulata est, non differtur*; e in un altro luogo ⁷⁸): *Fideicommissaria libertas praetextu compilatae hereditatis, aut rationis gestae non differtur*. Poichè se anche fosse vero il delitto rimproverato, il fedecommesso della libertà, per uno speciale favore delle leggi, non cadrebbe ⁷⁹). Come più importante

2. fra due cause civili contemporaneamente promosse vien considerata quella che riguarda l'onore e il buon nome di un individuo, piuttosto che quella avente per oggetto soltanto una somma di denaro. ULPIANO ⁸⁰) ci dà questa regola, quando dice: *Si in duabus actionibus, alibi summa maior, alibi infamia est, praeponenda est causa existimationis. Ubi autem aequiparant famosa iudicia, etsi summam imparem habent, pro paribus accipienda sunt*. In falso modo si interpreta

⁷⁵) L. 3 Cod. *de ord. iudicior.* [3 8]. L. 4 § 4 D. *fn. regundor.* [10 1]. L. 33 D. *de re indic.* [42 1]. L. 1 Cod. *de officio Rector. provinc.* [1 40].

⁷⁶) *Criminalrecht. Anmerk.* 15 § 6 pag. 71 seg.

⁷⁷) L. 27 D. *de actione rerum amotar.* [25 2]. Si veda intorno a questa legge Io. Suarez de MENDOZA, cit. *Commentar. ad Legem Aquilianam* lib. III cap. 1 numeri 11 e 12 in MEERMANN, tom. II pag. 141 seg.

⁷⁸) L. 23 D. *de fideicommiss. libertat.* [40 5].

⁷⁹) L. 59 § 1 D. *de manumiss. testam.* [40 4]. L. 37 D. *de fideicommiss. libertat.*

⁸⁰) L. 104 D. *de Reg. iuris.*

comunemente questa regola come relativa ad un pagamento fatto a conto di più partite di debito, senza che il debitore abbia detto su quale il medesimo debba essere imputato: opinione che già il CUIACIO⁸¹⁾ e il GEFANIO⁸²⁾ hanno confutato. Come più importante viene infine

3. riguardata la causa fiscale che concorra con una privata. Ciò insegna POMPONIO⁸³⁾ dicendo: *Apud Julianum scriptum est, si privatus ad se pertinere hereditatem Lucii Titii dicat: altero eandem hereditatem fisco vindicante: quaeritur, utrum ius fisci ante excutiendum sit et sustinendae actiones caeterorum, an nihilominus inhibendae petitiones creditorum singulorum, ne publicae causae praesudicetur? idque Senatusconsultis expressum est*⁸⁴⁾.

⁸¹⁾ *Praelection. in Tit. Dig. de divers. Regulis iur.* [50 17]. (Basiliae 1594, 8) ad L. 104 h. tit. pag. 275 seg.

⁸²⁾ *Traotat. de diversis Regulis iuris* (Argentorati 1607, 8) lib. II cap. 16 pag. 256 seg.

⁸³⁾ L. 35 D. *de iure fisci* [49 14].

⁸⁴⁾ V. POTHIER, *Pandect. Iustinian.* tom. III lib. XLIX tit. 14 Sect. II num. XXXIX.

TITOLO II.

De inofficioso testamento.

§ 535.

Connessione di questo titolo col precedente.

Agli *iudicia* appartengono anche le azioni giudiziarie, poichè non è concepibile un processo civile senza un'azione; quindi i compilatori delle Pandette passano alle singole azioni, vuoi personali, vuoi reali. Tra le reali vengono innanzi tutto in considerazione quelle che scaturiscono dal diritto ereditario e spettano così agli eredi necessari, come agli altri eredi: delle quali trattasi in questo e nei seguenti titoli del libro quinto. Per comprendere la dottrina delle azioni ereditarie si debbono premettere alcuni generali principj e concetti del diritto ereditario e delle eredità in generale ⁸⁵⁾ °).

⁸⁵⁾ Qui si consulti a preferenza *Lud. Ged. MADIHN, Princip. iur. Rom. de Successionibus seu de iure hereditario. Edit. repet. praelect.* (Francof. ad Viadrum 1792). — *Ernst. Crist. WESTPHALS Systematischer Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten des Erben nach dessen possessoriischen und petitorischen Rechtsmitteln* (Leipzig 1790). — Particolarmente su questo titolo vedasi: *Ios. Ferdinand. de BETES, Adversaria de inofficioso testamento*, in *Ger. MEERMANNI, Novo Thes. iur. civ. et canon.* tom. VI p. 522 seg. — *Ios. de FINESTRES, Praelectiones Cervarienses s. Commentar. ad tit. Pandectar. de inofficioso testamento* (Cervariae 1752). — *Georg. Ioseph. STEINS, Versuch einer theoretisch practischen Abhandlung über die Lehre des Römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten, und den Rechtsmitteln wider dieselben* (Erlangen 1798, 8).

°) Qui non farebbe d'uopo presentare una completa bibliografia sul diritto ereditario; tuttavia, seguendo l'esempio del GLÜCK, ricorderemo le principali opere generali

§ 536.

Concetto di diritto ereditario, eredità (hereditas) ed eredi ^a.

Per diritto ereditario intendesi il diritto all'acquisto dell'intero patrimonio lasciato da un defunto; oggetto di questo diritto è quindi una eredità devoluta. Eredità in senso oggettivo (*hereditas obiective accepta*) è il concetto complessivo dell'intero patrimonio di un defunto con tutti i diritti e le obbligazioni che ne dipendono, in quanto

relative a questa materia, citando più sotto a suo luogo quelle attinenti particolarmente all'argomento del tit. II del lib. V.

ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* III §§ 463-608. — BECKHAUS *Grundzüge des gemeinen Erbrechts* 1861 (incompl.). FILOMUSI-GUELFI, *Dig. italiano v. Successione*. — GANS, *Das Erbrecht in weltg. Entwickel.* II (*Das römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor und nachrömischen*) 1825. — V. HARTZSCH *Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten*, 1827. — KÖPPEN, *System des heutig. römischen Erbrechts* 1862, 1864 (incompl.). — LASSALLE, *Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung*, 1861. — MAYER, *Die Lehre von dem Erbrecht nach dem heutig. römischen Recht*, I 1840 (incompl. Della parte dei legati usò poi una dispensa il 1854). — SCHIRMER, *Handbuch des römischen Erbrechts*, 1863 (incompl.). — TEWES, *System des Erbrechts nach heutig. röm. Rechts* 1863, 1864. — UNGER, *Das Erbrecht*, 1834 (incompl.). — VANGROW, *Pand.* II. — VERING, *Römisches Erbrecht in histor. und dogmat. Entwickl.* 1861. — WINDSCHEID, *Pand.* III.

Pel diritto nostro, oltre i commentatori del Codice Napoleone (art. 718 seg.) e italiano (art. 720 seg.), sono da citare AUBRY et RAU *Cours de droit civil* III. — BUNIVA, *Delle success. legittime e testament.* — FULCI, *Success. legittime e testamentarie* (1873). — LAURENT, *Princip. de droit français* III. — LOSANA, *Le successioni testamentarie*, 1884. — Detto, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice civile italiano*, 1888. — VITALI, *Delle successioni (Il dir. civ. ital. per cura di P. FIORE vol. VII p. I 1889)*. — RICCI, *Dir. civ.* III. — K. S. ZACHARIAE VON LING., *Handbuch des französischen. Civilrechts* (7 ed. Heidelb. 1886) §§ 588-744. — Per la storia del diritto italiano ofr. PERTILE, *Storia del dir. it.* III.

e) Circa al significato della parola *heres* è da ricordare il passo di FESTO, s. v. *heres*, consono al § 7 I. *de her. qual.* 2, 19: *Veteres heredes pro dominis appellabant*. Sarebbe errore tuttavia fare *heres* = *herus*; parole etimologicamente diverse. L'erede è, in sostanza, un proprietario e tale fu ravvisato sino dai prischi tempi in Roma: la tecnica giuridica lavorò poi attorno a questo concetto fondamentale, salendo a quella idea di una successione universale che è caratteristica del diritto romano ed estranea al diritto germanico (lo HEUSLER, *Institut. des deutsch. Privatr.* II § 175-177, sostiene tuttavia il contrario). La storia della successione ereditaria è connessa strettamente in Roma con quella della proprietà: si direbbero due lati di uno stesso istituto, nel quale spicca sovrana la volontà individuale. Anche del patrimonio pel tempo successivo alla morte il proprietario dispone in origine in Roma *sens'aloun* limite imposto alla sua volontà: soltanto dalla pratica del tribunale centumvirale scaturisce poi il diritto alla legiti-

non siano intieramente personali ⁸⁶⁾. CICERONE ⁸⁷⁾ dice: *hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure, nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta*. CICERONE prende la parola *pecunia* nel significato in cui HERMOGENIANO ⁸⁸⁾ dice: *pecunia nomine omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur*. In questo significato la eredità vien considerata nelle nostre leggi ⁸⁹⁾ come una *universitas iuris quae et accessionem et decessionem, commodum et incommodum in se recipit*, di cui ulteriormente al § 537. Pertanto

⁸⁶⁾ Poichè vi hanno diritti, i quali sono ristretti in tal guisa alla persona, che non possono essere assolutamente disgiunti da essa e trasferiti ad altra. Questi diritti personalissimi sono, per esempio, le servitù personali *usus, usufructus, habitatio*, i diritti nascenti da rapporti di famiglia, i diritti che il defunto aveva a causa del suo ufficio o fôro, infine il diritto di adire una eredità deferita. Così vi sono pure obbligazioni del tutto personali, per esempio, l'obbligazione di subire la pena per un delitto commesso, i contratti intieramente personali. Tali diritti ed obbligazioni non passano agli eredi, ma estinguonsi con la morte della persona. — HÖPFNERS *Commentar über die Heineccischen Institutionen* § 482. — HUGO, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts* § 84.

⁸⁷⁾ *Topic.* cap. 6.

⁸⁸⁾ L. 222 D. *de Verbor. Signific.* Si veda intorno a questo passo Jos. FINESTRES, *Hermogenianus* tomo I pag. 556 seg.

⁸⁹⁾ L. 208 D. *de Verb. signif.* L. 178 § 1 D. *eodem.* L. 3 pr. D. *de Bonor. possess.* [37 13].

tima. Non bisogna quindi esagerare il concetto contenuto nella L. 11 D. *de lib. et post.* [28, 2], ove a proposito degli *heredes sui et necessarii* dicesi: *non hereditatem percipere videntur sed magis liberam administrationem consequuntur*, quasi che fosse sempre esistito in Roma un condominio familiare, cui non potesse derogare il *paterfamilias*. Questi *heredes* sono *sui et necessarii* (salvo ciò che è a dire della legittima) se il padre lo voglia.

Nei diritti dei popoli primitivi si fa spesso distinzione riguardo alla trasmissibilità per successione ereditaria tra cose mobili (armi, utensili, tenda, ecc.) e le immobili: le prime soggette alla libera disponibilità dell'individuo, le seconde indisponibili. In Roma questo grado di civiltà sembra oltrepassato sino dalle origini. La terra è assegnata dallo Stato in proprietà trasmissibile: lo *heredium* (VARRO, *De re rust.* 1, 10, 2) è appunto il fondo che trasmettesi per eredità. Forse eravi in Roma pure l'idea che il fondo recante il nome familiare dovesse esser sempre retaggio della stessa famiglia; ma a questo concetto, degno di una sobria stirpe di agricoltori, fu ben presto in antitesi la realtà della vita. L'opinione pubblica, diciam così, troverà ignominioso vendere lo *heredium* paterno (cfr. VOIGT, *Die XII Tafeln* II p. 343), ma niun divieto giuridico vi si potrà opporre, come non si potrà opporre alla sua fittizia vendita col testamento per *aes et libram*.

una eredità è soltanto devoluta (*hereditas delata*) quando taluno abbia diritto di appropriarsela ⁹⁰⁾, sia che il fondamento giuridico dell'acquisto di essa riposi in una immediata disposizione della legge o nella volontà del defunto, o effettivamente acquistata (*hereditas acquisita*) quando è passata in proprietà del defunto. Tale acquisto di una eredità ossia l'effettivo subentrare in tutti i diritti e in tutte le obbligazioni del defunto, purchè non intieramente personali, vien detto successione ereditaria (*successio ereditaria*) ossia eredità in senso subbiettivo. A ciò riferisconsi le leggi ⁹¹⁾ che dicono: *hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius, quod defunctus habuit*. Giuseppe FINESTRES ⁹²⁾ non crede veramente che questo concetto sia adattato per una eredità già acquistata, ma lo intende come una giuridica finzione, secondo la quale una eredità che l'erede non ha ancora adito rappresenta il defunto, e tiene in pari tempo il suo posto, cioè quando egli stesso non fosse ancora proprietario. Appunto di questa opinione sono anche Gregorio MAIANSIUS ⁹³⁾ e HOFACKER ⁹⁴⁾. Essi dicono *hereditas ipsa tanquam fictitia quaedam persona, succedit defuncto, illumque repraesentat*. Ma i giureconsulti romani GAIO e GIULIANO ⁹⁵⁾, dai cui scritti quel concetto è tolto, parlano nel luogo dove danno la nozione della *hereditas*, dell'azione ereditaria che suppone una eredità già adita, come, per mezzo della iscrizione dei passi citati, hanno dimostrato GOEDDAEUS e GIPHANIUS ⁹⁶⁾. Inoltre è noto che la parola *successio* frequentemente viene usata nelle nostre leggi per una eredità già adita ⁹⁷⁾. A buon dritto dice quindi Gerardo NOODT ⁹⁸⁾ che per ciò secondo quel con-

⁹⁰⁾ L. 151 D. de Verb. Signif. *Delata hereditas dicitur, quam quis potest ad eundo consequi.*

⁹¹⁾ L. 24 D. de Verbor. Signif. L. 12 D. de Reg. iur.

⁹²⁾ *Commentar. academ. ad tit. Pand. de acquir. vel omittenda hereditate parte I cap. I § 11.*

⁹³⁾ *Diss. de hereditate iacente § 3 (in Disputat. iur. civ. tomo II § Diss. 36).*

⁹⁴⁾ *Princip. iur. civ. tomo II § 1245.*

⁹⁵⁾ *Commentar. repet. praelect. in Tit. XVI libri L. Pandect. de Verbor. Signific. (Segeuae Nassov. 1597 8) pag. 381 seg.*

⁹⁶⁾ *Comment. ad Tit. Dig. de div. Reg. iuris. lib. II cap. 8.*

⁹⁷⁾ L. 21 C. de pact. [2 3]. L. un. C. Ne pro dote mulier [5 22]. L. 4 C. in quibus caus. cessat longi temp. praesc. [7 34]. L. 8 C. de imp. et aliis substitut.

⁹⁸⁾ *Commentar. ad Dig. tit. de hereditatis petitione (Operum tomo II pag. 175).*

cetto la *hereditas* è chiamata una *successio*, *quia successione in defuncti locum acquiritur* ^{b)}).

Una eredità viene acquistata o *ipso iure*, cioè mediante immediata disposizione delle leggi nel momento in cui mediante la morte del relinquirente è deferita, così che richiedesi uno speciale atto se non si vuole conservare la medesima: o viene acquistata soltanto con la dichiarazione di volere essere erede. Il primo caso è quello dei *sui heredes* ⁹⁹⁾, nel quale si comprendono i discendenti del relinquirente che sino al momento della sua morte sono stati immediatamente sotto la sua patria potestà, ovvero vi sarebbero stati se al momento della sua morte fossero già nati, come, per esempio, i *postumi*, purchè durante la vita del relinquirente fossero già concepiti ¹⁰⁰⁾ c). GIUSTINIANO dice espressamente ¹⁾: *Postumi quoque, qui si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt*. Non esaurisce quindi la cosa il concetto che GIUSTINIANO dà immediatamente prima

⁹⁹⁾ L. 14 D. *de suis et legitim hered.* [38 11]. *In quis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt.* — Ios. AVERANIUS, *Interpretat. iuris*. L. I cap. 9. — Arn. ROTGERSIUS, *Apodictic. Demonstration. iuris. Rom.* vol. I lib. I cap. 3 § pag. 92 seg. — e Iac. VOORDA, *Interpretat. et Emendat. iur. Rom.* lib. I cap. 4

¹⁰⁰⁾ L. 6, 7 et 8 D. *de suis et legitim. hered.* § 8. I. *de hered. quae ab int. def.* [3 1].

¹⁾ § 2 *in fin. Instit. de hereditat. quae ab intest. def.*

^{b)} Nelle fonti nostre, come accade pure nella lingua nostra, una medesima parola vien adoperata in vario significato. Ciò deve dirsi anco della parola *hereditas*. Può indicare tanto il modo di acquisto (*hereditate vel emtione... successi*. l. 80 D. *de leg.* II (31), quanto lo stesso diritto ereditario (§ 2 I. *de reb. corp.* 2, 2; l. 1 § D. *de div. rer.* 1, 8; l. 13 § 4 D. *de A. v. A. P.* 41, 2), come la vera e propria successione ereditaria quale *successio in unicum ius* (l. 24 D. *de V. S.* 50, 16; l. 62 D. *de R. I.* 50, 17). Quanto poi sia consono alle fonti il chiamare la eredità una *successio in unicum ius* e come esse annettano a ciò un concetto ben diverso da una semplice finzione, a quella guisa che sosteneva il FINESTRES, appare anche dalla L. 3 pr. e § 1 D. *de don. poss.* 37, 1 e l. 208 D. *de V. S.* È ben vero, come osserva anche il WINDSCHEID, *Pand.* III § 605, nota 11, che la espressione eredità indica preferibilmente il patrimonio ereditato e che l'uso della lingua riconosce un diritto ereditario anche in colui che è semplicemente chiamato ad una eredità. Quest'osservazione, ha poi, come vedremo, un'importanza speciale pel nostro diritto dove la qualità di erede è sotto certi aspetti indipendente dalla adizione.

^{c)} Intorno ai *postumi* è da vedere la bellissima analisi del FRANCKE, *Das Recht der Notherben und Pflichttheilberechtigten* (Götting. 1831) § 3.

dei *sui heredes*, quando dice: *Sui heredes existimantur, qui in potestate morientis fuerint*; poichè dei *postumi* non si può ancora dire *eos in potestate morientis fuisse*, come anche PAOLO ²⁾ ha osservato. Tali *sui heredes* vengono riguardati in certo qual modo già durante la vita del relinquirente come comproprietari del suo patrimonio e di essi dicono le leggi che dopo la morte del padre continuano egualmente il dominio di quello ³⁾. Quindi a loro non fa bisogno nè di sapere la morte del relinquirente nè di una dichiarazione che vogliono essere eredi. Piuttosto dice GIUSTINIANO ⁴⁾: *sui autem heredes fiunt etiam ignorantes; et licet furiosi sint, heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis et furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium: et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis; cum etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas; nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso iure*. Soltanto quando il *suus heres* non vuole essere erede abbisogna di uno speciale atto, cioè di astenersi, il che gli è concesso in quanto non siasi immischiato e niente abbia preso.

Tutti gli altri eredi al contrario, i quali non sono *sui heredes*, acquistano la eredità soltanto mediante adizione della medesima e quindi se anche sieno stretti parenti del relinquirente, persino i figli riguardo alla madre e gli emancipati riguardo al padre, vengono detti *extranei heredes*. GIUSTINIANO ⁵⁾ dice: *caeteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes nobis videntur. Qua de causa et qui heredes a matre instituuntur eodem numero sunt: quia feminae in potestate liberos non habent*. Pertanto sino a che l'*heres extraneus* non ha dichiarato se egli voglia accettare l'eredità, dicesi: *hereditas iacet* ⁶⁾ ^{d)} e tale eredità, non ancora adita, rap-

²⁾ L. 12 D. *de collat. bonor.* [36 1]. Si veda Guil. RANCHINUS, *de successione ab intestato* cap. III § 1. — Ios. FINESTRES, *Prælect. Oervariens. s. Commentar. ad Tit. Pand. de liberis et postum.* parte I cap. 2.

³⁾ § 2 I. *de hered. qualit. et differ.* [19] L. 11 D. *de liberis et postum.* [28 2].

⁴⁾ § 3 I. *de hereditat. quas ab intest. defer.*

⁵⁾ § 3 I. *de hered. qualitate et different.*

⁶⁾ L. 13 § 5 D. *Quod vi aut clam.* [43 24].

^{d)} Per la letteratura speciale della *hereditas iacens* citeremo ARNDTS in WEISKE's

presenta il defunto (*personam defuncti sustinet*) e mediante una finzione giuridica si considera come un continuato dominio del medesimo 7). Quindi niuno può usurpare una *hereditas iacens* senza rendersi colpevole del *crimen expilatae hereditatis* 8). Ma per mezzo di quella finzione la eredità acquista pure una specie di personalità per cui la medesima, in quanto non si ha riguardo ad un *factum personae*, è capace di acquistare qualche cosa 9). HERMOGENIANO dice ciò espressamente: *Here-*

7) L. 34. D. *de acquir. rer. domin.* [41 1]. L. 61 D. *eodem.* § 2. I. *de hered. instit.* L. 31 § 1 D. *eodem.*

8) L. 1 et 2 D. *Expilatae hereditat.* [47 19].

Rechtel. IV p. 2-6. — IHERING, *Abhandl. aus dem röm. Recht* N. 1 (1843). — Detto nei *Jahrbücher f. Dogmat.* X p. 408 seg. — MÜHLENBRUCH, *Contin. del GLÜCK XLIII* p. 40-77. — PERNICE, *M. Antist. Labeo* I p. 358-375. — SAVIGNY, *System* II § 102. — VON SCHEUHL, *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts* N. 1 (1853).

Secondo il *Cod. civ. it.* art. 980 reputasi giacente l'eredità quando l'erede non è noto o gli eredi testamentari o legittimi abbiano rinunciato. Ad esso nominasi un curatore dal pretore del mandamento in cui è aperta la successione (art. 980-83). È chiaro che il concetto di eredità giacente suppone l'esistenza di eredi ignoti o diversi da quelli che non vogliono accettarla; altrimenti sarebbe senz'altro vacante e sarebbe devoluta allo Stato (art. 758).

e) Riguardo alla personalità della *hereditas iacens* noi troviamo presso gli odierni romanisti le più sottili dispute. Il GLÜCK adopera una frase temperata (*es bekommt... die Erbschaft eine Art von Persönlichkeit*), la quale accenna ad una specie di personalità, non ad una vera e propria personalità concessa alla eredità giacente. La opinione che nega ad essa la personalità conta fra i suoi sostenitori il SAVIGNY, l. o., il quale ammette che nel diritto romano si trovi la finzione che la eredità rappresenti una persona, ma che non venga perciò riconosciuta come persona giuridica e quella finzione sia posta soltanto per facilitare l'acquisto per mezzo di schiavi nè abbia più significato pel diritto odierno. Altri (es. KÖPPEN, BRINZ, ecc.) senza ritenere limitata quella finzione unicamente all'acquisto per mezzo di schiavi dicono che le fonti niente altro insegnano che la eredità giacente può acquistare e perdere come se vi fosse tutt'ora il defunto. Resta tuttavia a spiegare la L. 22 D. *de fidei* [46, 1] *hereditas personae vioc fungitur sicut decuria et municipium*, dove la eredità giacente è assimilata ad altre non dubbie persone giuridiche. Sia qual vuolsi l'idea dei Romani, è giustissima l'osservazione del WINDSCHEID § 531 nota 10 che la disputa è affatto priva d'interesse pratico. Non vi è infatti un diritto speciale per le persone giuridiche come tali e nessuno sostiene che la capacità giuridica della eredità giacente possa misurarsi con le regole attinenti alle corporazioni e alle fondazioni. Anzi nelle fonti tale capacità trovasi assai ristretta in modo diverso da quello che accade per le vere persone giuridiche che, a differenza della eredità giacente, possono essere titolari d'usufrutto, possedere, essere istituite eredi o legatarie. E noi possiamo pure accogliere l'altra osservazione dello stesso autore, che è priva di ogni fondamento anche l'opinione di coloro i quali (SCHEUHL, SCHIRMER) ammettono nella eredità giacente una *ficta persona*, non una persona giuridica.

Del resto non vi è dubbio che la eredità giacente rappresenta la persona del de-

ditas in multis partibus iuris pro domino habetur (così suonano le parole tolte dal *Lib. VII. Epitomarum* ⁹⁾, *adeoque hereditati quoque, ut domino, per servum hereditarium acquiritur. In his sane, in quibus factum personae operaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest: ac propterea, quamvis servus hereditarius heres institui possit; tamen, quia adire iubentis domini persona desideratur, heres expectandus est. Usufructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur.* Secondo questo passo uno schiavo che apparteneva ad una eredità non ancora adita (*servus hereditarius*) poteva quindi acquistare diritti della eredità ed aumentarla con acquisti: per esempio, poteva farsi promettere qualche cosa ¹⁰⁾ e poteva anche essere istituito erede. Solamente in quei casi nei quali l'esercizio o l'acquisto di un diritto suppone assolutamente la esistenza di una persona fisica ed il suo atto, come nell'usufrutto e nell'adizione di una eredità che necessita lo *iussum domini*, la volontaria acquisizione deve rimanere in sospeso sino a che l'erede non abbia adito l'eredità, quantunque il diritto stesso possa essere deferito al *servus hereditarius* ¹¹⁾. Una delle più importanti conseguenze di quella finzione che la *hereditas iacens* sia da considerare come una *domina* è ancora quella che una usucapione cominciata dal defunto non viene interrotta con la sua morte, ma continua, e può anche essere compiuta *iacente adhuc*

⁹⁾ L. 61 D. *de acquir. rer. domin.* Ha commentato estesamente questo passo Ios. FINESTRES, *Praelect. Cervar. ad Tit. Pand. de acquir. vel omitt. heredit.* parte I cap. 2 e lo stesso in *Hermogeniano* tomo III pag. 927 seg.

¹⁰⁾ Pr. I. *de stipulat. servor.* [3 18] L. 18 § 2. L. 35 D. *eodem.*

¹¹⁾ WESTPHALS *System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung* §§ 856-858.

funto: tuttavia in un passo (l. 24 D. *de nov.* [46, 2] cfr. l. 55 § 1 D. *de leg.* II (31) è detto che rappresenta il futuro erede. Nel diritto odierno tende a prevalere la dottrina che nega la personalità della eredità giacente. Cfr. AUBREY et RAU, *Cours de Dr. civil* § 54 nota 31, § 377 not. 14-17 e recentemente GIORGI, *La dottrina delle pers. giuridiche o corpi morali* I (Firenze 1889) n. 32. Quest'autore già nella sua *Teoria delle oblig.* III n. 130 aveva scritto sembrargli osiosa la disputa in proposito, non essendo disputabile che il curatore dell'eredità giacente può contrattare come rappresentante l'eredità, osservate le forme prescritte per ciò della procedura. Invero dall'art. 960 *Cod. civ. it.* non traspare alcuna idea di personificazione dell'eredità giacente, a quella guisa che non sono personificati i beni dell'assente.

hereditate ¹²⁾. Invece la *mora* del relinquirente è interrotta mediante la sua morte, e almeno prima della adizione della eredità non nuoce all'erede ¹³⁾.

La *factio hereditatis iacens* cessa tosto che l'erede adisce l'eredità; però subentra, al luogo di quella, un'altra finzione mediante la quale vien supposto che l'erede sia succeduto al defunto immediatamente al momento della sua morte ¹⁴⁾. La eredità, che prima della adizione rappresentava il defunto, rappresenta quindi pel passato la persona dell'erede come se non fosse stata mai *iacens* ¹⁵⁾. A ciò si riferisce GIAVOLENO ¹⁶⁾ quando dice: *heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur*; e ciò si può congiungere con quello che dice GIUSTINIANO ¹⁷⁾: *nondum adita hereditas*

¹²⁾ L. 31 § 5. L. 40. L. 44 § 3 D. *de usurpat.* [41 3]. Così è da intendere anche la L. 30 D. *Ex quib. caus. maiores* [4 1]. Quando infatti ivi dicesi: *Possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem, et plerumque nondum adita hereditate completur*, la parola *possessio* vien presa per *usuceptio*, come hanno osservato anche il CUJACIUS, lib. XII. *Pauli ad Edictum ad d. L. 30*, — il FORNERIUS, *Rerum quotidian.* lib. II cap. 25 — e PAULI BUSIUS, *Subtilitat. iuris* lib. V cap. 15 num. 8. — Si confronti pure Ios. AVERANII, *Interpretat. iuris* lib. IV cap. 22 — e Ios. FINESTRES, *Commentar. ad Tit. Pand. de acquirenda vel omitt. hereditate* parte I cap. 2 §§ 11 e 12 pag. 249.

¹³⁾ L. 5 § 20 D. *Ut in possession. in legator.* [36 4]. Quando, per esempio, il legatario abbia ottenuto una immissione nei beni ereditari perchè l'erede non ha fornito la cauzione richiesta pel legato e quest'ultimo muore, non è calcolato il tempo in cui la eredità era *iacens*, se durante questo dovesse esser trascorso il termine di sei mesi. Non può quindi esser decretata a danno del suo successore la seconda più dannosa immissione. Vedi WESTPHALS *Hermeneutisch-systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen* P. 1 § 1028.

¹⁴⁾ L. 54 D. *de acquir. vel omitt. hered.* [29 2]. *Heres quandoque, adeundo hereditatem, iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.* L. 28 § 4 D. *de stipulat. servor.* [45 3]. In questo passo vien decisa affermativamente secondo il parere di CASSIO la questione *an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit* pel motivo: *quia, qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse.*

¹⁵⁾ PAOLO dice perciò L. 138 pr. D. *de Reg. iur.*: *omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.* Così CELSO, L. 193 D. *eodem.*: *omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent.*

¹⁶⁾ L. 22. D. *de usurpat. et usucap.* [41 3].

¹⁷⁾ § 2 I. *de hered. instituend.* [2 14].

personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti e parimente POMPONIO¹⁸⁾ insegna: *Stipulatio transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet*, come, oltre FINESTRES¹⁹⁾, specialmente VINNIUS²⁰⁾ ha dimostrato.

Chi dicesi dunque erede? Il nostro autore dice: *Qui cum obligatione defunctum repraesentandi in omnia eius iura succedit, heres dicitur*. Così all'incirca HOEFFNER²¹⁾ il quale dice essere erede un successore in tutti i diritti e in tutte le obbligazioni di un defunto i quali non siano intieramente personali. Ma secondo questo concetto, la qualità d'erede verrebbe costituita soltanto mediante l'adizione della eredità f).

¹⁸⁾ L. 24 D. de novationib. [46 2].

¹⁹⁾ *Commentar. cit. ad Tit. Pandect. de acquir. vel omitt. hereditate* parte I cap. I § 14.

²⁰⁾ *Commentar. ad § 2 I. de hered. instituend. num. 1.*

²¹⁾ *Commentar über die Heineccischen Institutionen* § 482.

f) Che possa dirsi erede anche colui che è tuttora semplicemente chiamato a succedere vedemmo sopra. Ma nel nostro diritto si deve pur considerare la influenza che sull'argomento esercita la massima *le mort saisit le vif* accolta nell'art. 925 del nostro Codice civile. L'erede non ha bisogno di prender possesso dei beni ereditari, come in diritto romano; acquista subito le azioni possessorie e continua la prescrizione acquisitiva cominciata dal defunto. Cfr. art. 926. Sotto tale aspetto la qualità di erede è dunque indipendente dalla adizione. Pure vi sono eredi in cui non passa di diritto il possesso della loro quota di eredità. I figli naturali debbono chiedere il possesso della loro parte di eredità ai figli legittimi (art. 927).

Tra i nostri civilisti si ricerca, a ragione, se ed in quanto sia conservato pertanto nel patrio Codice il sistema romano che distingue fra delazione e adizione dell'eredità e considera veramente erede colui che ha adito la medesima. L'accettazione espressa (*aditio* propriamente detta) e tacita (*pro herede gestio*) della eredità non è scomparsa, nè poteva scomparire dal nostro diritto (art. 934). E della accettazione si dice che è retroattiva al momento dell'aperta successione (art. 933). Quale efficacia ha questa accettazione nel conferire la qualità di erede e come si accorda ciò col principio *le mort saisit le vif*?

Alcuni ritengono che all'art. 925 non si debba dare tale interpretazione da fargli significare il trapasso immediato alla morte del defunto del possesso e della proprietà dei beni ereditari.

Altri distinguono fra possesso e proprietà. Si avrebbe il trapasso immediato del solo possesso e la proprietà si acquisterebbe poi mediante l'accettazione.

Altri infine ritengono che si operi *ipso iure* l'immediato trapasso del possesso e della proprietà, salvo l'effetto risolutivo della rinuncia.

Recentemente il LOSANA, *Le disposiz. comuni alle success. legitt. e test.* n. 43-52 propone una nuova teoria secondo la quale in sostanza la delazione dell'eredità conferirebbe al chiamato a succedere la qualità di erede sotto condizione sospensiva. Secondo questo autore, non con la sola devoluzione, ma con l'accettazione avverrebbe la tras-

Ma che un erede possa esistere già prima che l'eredità sia adita, ce lo insegna GIUSTINIANO²²⁾ quando dice: *etiam clausis tabulis tam existere heredes, quam posse adire sive ex parte sint, sive ex asse instituti, censemus.*

Pertanto nel significato del diritto romano, erede è piuttosto colui cui spetta un diritto all'acquisto dello intiero patrimonio lasciato da un defunto²³⁾. È indifferente che riceva l'intiero patrimonio relitto o una singola cosa di questo. Poichè anche lo *heres ex re certa* ha un diritto all'intiera eredità se non venga nominato alcun coerede, o gli altri coeredi vengano meno e, per esempio, ricusino la eredità²⁴⁾. Se vi siano più eredi e tutti adiscano la eredità, acquista veramente

²²⁾ L. un. § 5. Cod. *de caduc. tollend.* [6 51].

²³⁾ Vedasi qui specialmente Carl REICHELM, *über den Begriff des Erben und die Natur des Erbrechts im Geist des Röm. Rechts* nel suo *Versuch einer Auslegung einiger dunkler Gesetze aus dem Civil- und Lehnrechte* (Halle 1799 8) num. V pag. 198 seg.

²⁴⁾ L. 1 § 4 D. *de heredit. instit.* [28 5]. L. 41 § 8 *in fin.* D. *de vulg. et pup. substitut.* [28 6] L. 13 Cod. *de heredit. instit.* [28 5]. — M. Aur. GALVANUS, *de usufructu* cap. 13 num. VI-IX. — Ios. FINESTRES, *Commentar. ad Tit. Pand. de acquirenda vel omitt. hereditate* parte II cap. 11 § 62. — LEYSER, *Meditat. ad Pandect.* vol. V *Specim.* CCCLXI *medit.* 12. — WESTPHAL *Theorie des Röm. Rechts von Testamenten* § 251. — HÖPFNER in *Commentar.* § 494 pag. 525.

missione della proprietà e del possesso con effetto retroattivo al giorno dell'aperta successione. L'apertura della successione, vuoi per il possesso, vuoi per la proprietà, non costituirebbe un acquisto eventuale sotto la condizione risolutiva della rinuncia, ma un acquisto eventuale sotto la condizione sospensiva dell'accettazione. Su questa teoria vedi pure la breve, ma efficace critica del BIANCHI, *Riv. ital. delle scienze giur.* VIII p. 90. Quella teoria urta infatti contro la stessa lettera del Codice. Come infatti conciliarla con l'esercizio delle azioni possessorie concesso all'erede per turbative anteriori alla accettazione? (art. 926). Lo stesso LOSANA deve aiutarsi qui con sottili costruzioni di cui si può grandemente dubitare se rientrino nel sistema del nostro Codice. Egli insegna che nel periodo anteriore all'accettazione l'eredità considerasi quasi ente a se stante, continua il possesso del defunto e l'erede accettante può agire in via possessoria come successore al possesso della eredità giacente. Così creasi un nuovo ed ibrido caso di eredità giacente in confronto dell'erede e difficilmente ci potremo persuadere che tale dottrina convenga col Codice nostro! Ma queste ed altre sottili teorie sono conseguenza necessaria del bisogno di spiegare certi miscugli (non combinazioni) di principj giuridici stranieri e romani che qua e là offuscano il nostro Codice civile, che pure ha tanti pregi. I cultori del diritto romano, abituati a dottrine sicure e armonicamente legate fra loro in un logico ed intimo sistema, senza pretendere che una futura revisione del patrio Codice civile lo riduca del tutto romano, fanno voti che si segua un deciso e preciso sistema.

ciascuno una parte dell'intero, ma come erede ha tuttavia ciascuno un diritto all'intero e non semplicemente alla sua parte, cioè egli era autorizzato, se l'uno o l'altro dei coeredi fosse mancato, a pretendere le parti vacanti: il che dicesi *ius accrescendi* ^{g)}).

Quando altri ²⁵⁾ dicono: essere erede colui cui è stata deferita dal defunto la intiera eredità o una *pars quota* della medesima, anche questo concetto non è accurato. In fatti anche un legatario può ricevere una *pars quota*, cioè una tal parte dell'eredità che è determinata soltanto in rapporto all'intero, per esempio, la metà, un terzo, un quarto ²⁶⁾. Si pensi al *legatum partitionis* ²⁷⁾; eppure tal *legatarius partiaris* non è un erede. Esso non ha mai un diritto all'acquisto dell'intero e quindi se un coerede vien meno non può accampare alcuna pretesa sulla parte vacante dell'eredità; e se l'erede istituito, che deve dividere col legatario, ricusa la eredità, il testamento è destituito e il *legatarius partiaris* niente acquista ²⁸⁾.

Per ciò nel senso del diritto romano, soltanto colui è erede cui *competit ius successionis in universitalem quam defunctus reliquit*. Così distinguasi l'erede dal legatario, poichè questi, come GIUSTINIANO ²⁹⁾ dice,

²⁵⁾ *Fried. Ge. Aug. LOBETHAN, vollständige Abhandlung der Lehre von der Erbfolge* § 6.

²⁶⁾ L. 39 pr. D. *de vulg. et pup. substitut.* [28 6]. L. 15 D. *de legat. I* [30]. ULPIANUS, *Tit. XXIX Fragm.* § 25. L. 164 § 1 D. *de verbor. Signific.*

²⁷⁾ *Jac. VOORDA, Diss. de legato partitionis adj.* — EIUDEM, *Commentar. ad Legem Falcidiam*. (Harlingae 1730 8). — *Ernst. Christ. WESTPHALS Abhandlung von den Vermächtnissen, die nicht auf gewisse Sachen oder Summen, sondern auf einen Theil des Nachlasses überhaupt gerichtet sind* (Halle 1780 4).

²⁸⁾ HÖPFNERS *Commentar über die Institutionen* § 568.

²⁹⁾ § 11 I. *de testament. ord.* In qualche aspetto ha tuttavia il legatario in *re legata* lo stesso diritto che spetta all'erede riguardo all'eredità, per esempio, quando trattasi dell'*accessio temporis qua testator possedit*. L. 14 D. *de usurpat.* [41 3].

^{g)} Il WINDSCHIED (III, § 528 nota 5) opportunamente osserva che l'erede non riceve necessariamente l'intero patrimonio, ma riceve necessariamente il patrimonio come un tutto e che il rapporto giuridico fra coeredi è analogo a quello fra i condomini; quindi in una pluralità di eredi i debiti del defunto dividonsi fra essi per quote, mentre se il patrimonio di esso non trapassasse per una successione universale, sarebbe duopo determinare per ogni acquirente la partecipazione ai debiti soltanto dopo stima di ciò che gli è pervenuto.

non è un *successor iuris*, cioè il suo diritto non ha per oggetto l'*universum ius defuncti*, ma egli acquista soltanto una cosa singola od una *pars quota* o *pars quanta* della eredità e non ha alcun *ius accrescendi* nella eredità se anche tutti gli eredi dovessero venire meno ³⁰⁾.

Parecchi giureconsulti ³¹⁾ fanno differenza fra un *heres in actu primo* ed un *heres in actu secundo*. Se cioè il diritto dell'erede approdi anzitutto a questo ch'egli può appropriarsi l'eredità, sarebbe esso un *heres in actu primo*; se poi l'erede mediante adizione ha acquistato la proprietà della eredità, sarebbe un *heres in actu secundo*. Tuttavia le leggi ³²⁾ dove il subietto che ha già adito l'eredità viene ancora detto erede, non ci autorizzano a questa distinzione, così come non ci autorizzano a chiamare il compratore prima della consegna un *emptor in actu primo* e dopo la consegna un *emptor in actu secundo* ³³⁾. È tuttavia certo che l'erede, soltanto dopo l'effettivo acquisto dell'eredità, diventa un *successor universalis*, il quale è da riguardare omai come unica persona col defunto. Quindi dice PAOLO ³⁴⁾: *Hi, qui in universum ius succedunt, heredis loco habentur*, e GIUSTINIANO osserva ³⁵⁾ che gli antichi avevano adoperato il nome di *heres* per *dominus* e che perciò *pro herede gerere* equivale a *pro domino gerere*.

§ 537.

Una eredità è una universitas iuris ^{a)}.

Una eredità viene giuridicamente considerata, secondo che AFRICANO ³⁶⁾ dice, come una *universitas*, ossia come un tutto di tal ge-

³⁰⁾ HÖFFNER nel *Commentar.* § 552 pag. 591.

³¹⁾ *Lud. God. MADHIN, Princip. iur. Rom. de Successionibus* § 4. — LOBETHAN nel citato libro § 5.

³²⁾ L. 6 D. *de Reg. iur.* § ult. I. *de hered. qualit. et diff.* [2 19] L. 128 § 1. D. *de Reg. iur.*

³³⁾ REICHELHM nella citata *Memoria* § 6 nota f.

³⁴⁾ L. 128 § 1 D. *de Reg. iur.* Si veda pure L. 34 D. *de iudic.* L. 37 D. *de acquir. vel omitt. hered.*

³⁵⁾ § ult. I. *de hered. qualitate et different.* — FINESTRES, in *Commentar. cit. ad Tit. de acquir. hered.* parte I cap. I § 1.

³⁶⁾ L. 208 D. *de Verbor. Signifio.*

a) Questo concetto, che giuridicamente è uno dei più caratteristici e raffinati dei

nera che comprende in sè tanto le cose corporali come le incorporali che appartengono al patrimonio lasciato dal defunto. Non si ha riguardo alle singole cose che la eredità contiene. Quindi

1. possono appartenere alla eredità anche quelle cose che, considerate singolarmente e in sè stesse, non sono in *commercium* e l'erede le acquista in un col rimanente della eredità se anche a lui non avrebbero potuto essere legate singolarmente ³⁷⁾.

2. Parimente non viene in considerazione se il defunto sia stato o no proprietario delle cose appartenenti al suo patrimonio, potendo egli avere su quelle cose di cui non era proprietario, diritti reali o personali che passano all'erede. Per esempio, erano state date a pegno o prestate o locate al defunto o anche depositate presso di lui. E siccome inoltre l'erede è responsabile per queste cose tanto quanto il defunto, così anche la restituzione delle medesime può essere richiesta mediante l'azione ereditaria ³⁸⁾.

3. Alle cose incorporali che l'eredità comprende appartengono i diritti non intieramente personali e le azioni pure non intieramente personali che spettavano al defunto e così anche le obbligazioni non intieramente personali del medesimo. Quindi una eredità, come PAPPALARDO ³⁹⁾ dice, può essere concepita giuridicamente anche senza cose corporali.

4. Una eredità è un tutto giuridicamente indivisibile ⁴⁰⁾ il quale non può essere lasciato solo in parte dal defunto all'erede testamen-

³⁷⁾ L. 62 D. *de acquir. rer. dom. Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem; et res, cuius aliquis commercium non habet. Nam etsi legari ei non possit: tamen, heres institutus, dominus eius efficitur.* Si veda WESTPHALS *System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung* § 361.

³⁸⁾ L. 19 pr. D. *de heredit. petit.* [5 3]. — WESTPHALS *Commentar, über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente* § 457.

³⁹⁾ L. 50 D. *eodem.* — FINESTRES in *Commentar. cit.* parte I cap. I § 8.

⁴⁰⁾ Franc. HOTOMANNI, *Quaestion. illustrium lib. Quaest. XIX.*

Romani, risulta evidentemente da molti fr. Cfr. GAI. II § 98; § 6 I. *per quas pers.* 2, 9; l. 1 § 1 D. *de fundo dot.* 23, 5; l. 1 § 13 D. *quod. leg.* 43, 3; l. 24, 119, 178 § 1, 203 § 1 D. *de V. S.* 50, 16; l. 50 pr. D. *de her. pet.* 5, 3; l. 62 D. *de R. I.* 50, 17; l. 3 § 1 D. *de exo. rei vend. et trad.* 21, 3; l. 3 pr. § 1 D. *de bon. poss.* 37, 1; l. 24 § 1 D. *de danno inf.* 39, 2; l. 9 § 1 D. *de edendo* 2, 13; l. 37 D. *de acq. vel omitt. her.* 29, 2.

tario ^{b)}, nè l'erede, a cui la eredità è stata deferita, può in parte accettarla, in parte ricusarla ⁴¹⁾. *Ius nostrum enim non patitur*, dice POMONIO ⁴²⁾, *eundem in paganis et testato et intestato decessisse*.

§ 588.

In quali limiti valga nelle eredità la regola: res in locum pretii et pretium in locum rei succedit.

Alla eredità appartiene inoltre anche il valore dei beni ereditari alienati pel quale deve rispondere colui che si arroga l'eredità o come supposto erede o come possessore, se poi venga convenuto coll'azione ereditaria. Ha luogo qui la regola nota per le *universitates iuris: pretium succedit in locum rei*. La quale fu introdotta mediante un certo *Senatus-consultum ad orationem divi ADRIANI conditum* ⁴³⁾ a), di cui PAOLO ⁴⁴⁾

⁴¹⁾ L. 1 et 2 D. *de acquir. vel omitt. hered.* L. un. § 10. C. *de caduc. toll.* [6 51].

⁴²⁾ L. 7 D. *de regul. iuris.* — Si confronti qui specialmente *Christ. Gottl. HAUBOLD, Diss. de causis cur idem et testato et intestato decedere non possit* (Lipsiae 1788).

⁴³⁾ Vedi *Io. Gottl. HEINECCI, Diss. de Senatusconsulto Hadriani temporibus facto, quod extat L. XX § VI. Dig. de hereditat. petit.* nei suoi *Opuscula postuma a Io. Christ. Gottl. HEINECCIO edit.* (Halae 1744) pag. 449 seg.

⁴⁴⁾ L. 22 D. *de heredit. petit.*

^{b)} È un notissimo principio del diritto romano la incompatibilità della successione testata con la intestata, il quale ebbe forse origini religiose e giuridiche ad un tempo pel desiderio di regolare esattamente la continuazione dei *sacra* del defunto, così vivo negli antichi diritti. Esiste una copiosa letteratura in proposito che si potrà trovare nei manuali di storia del diritto romano. Considera invece il principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* come necessaria e rigorosa conseguenza della superiorità esclusiva della successione testamentaria della legittima, il PADELLETTI, *Storia*, 2.^a ediz. p. 201. Quel principio non poteva avere più alcun significato nel diritto odierno, nè fa parte del nostro. Infatti si può essere eredi testamentari di tutto il patrimonio lasciato dal defunto o di parte di esso ed egualmente il testamento può avere tale duplice comprensione (art. 720, 759 *Cod. civ.*). Di qui conseguenze pratiche precisamente opposte a quelle derivanti nel diritto romano dal principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Invero se il testatore abbia disposto soltanto di parte della eredità, l'altra spetta agli eredi legittimi. Se uno dei coeredi venga a mancare vi sarà diritto di accrescimento ove possano applicarsi le regole ad esso relative (art. 879); altrimenti la parte vacante spetterà agli eredi legittimi (art. 883).

a) Le disposizioni di questo senatusconsulto, che acquistarono così generale vali-

ci ha conservato il seguente passo: *dispicite, patres conscripti, num quid sit aequius, possessorem non facere lucrum, et pretium quod ex re aliena perceperit, reddere: quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum.* Il *senatusconsultum* riguardava veramente soltanto il caso che il fisco pretendesse i beni ereditari quali *bona caduca*, come insegnano le parole del medesimo presso ULPIANO ⁴⁵⁾: *cum antequam partes caducae ex bonis Rustici* ⁴⁶⁾ *fisco peterentur, hi qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecunias usuras non esse exigendas, etc.* Ma per cagione della equità ciò fu esteso a tutte le altre azioni ereditarie dai giureconsulti e dagli Imperatori romani. Quindi dice ULPIANO ⁴⁷⁾: *in privatorum quoque petitionibus senatusconsultum locum habere nemo est qui ambigit: licet in publica causa factum sit.* Ciò insegna pure una

⁴⁵⁾ L. 20 § 6 D. *eodem*. Nel principio del *senatusconsulto* qui citato vengono menzionati QUINTUS JULIUS BALBUS e PUBLIUS IUVENTIUS CELSUS, poi TITUS AUFIDIUS e CELSUS o meglio ADRIANUS SEVERIANUS come consoli di quel tempo. Si spiega ciò ordinariamente dicendo essere stati i primi due i *consules ordinarii*, gli ultimi invece i *consules suffecti*, dei quali i primi fossero entrati in ufficio col gennaio, i secondi col marzo. — Vedi ALMELOVEEN, *Fast. Consular.* pag. 135. — WESTENBERG, *Divus Marcus* Diss. XXXIII pagina 299 — e WESTPHALS *Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente*, etc. § 411 pag. 258. — Ma Petr. WESSELING, *Observation. var. lib. II cap. 21* pag. 233, crede i due ultimi nomi essere cognomi di PUBLIUS IUVENTIUS CELSUS e con lui concorda anche HEINECCIUS cit. Diss. § 2 pag. 450. Del resto apparisce di qui che il *senatusconsulto* fu fatto nell'anno 881 di Roma. — Vedi GRUTERI *Inscriptiones* pag. 573 num. 2.

⁴⁶⁾ Chi sia stato questo RUSTICUS ricerca HEINECCIUS, cit. Diss. § 5. Egli aveva fatto un testamento ed ivi nominati suoi eredi degli *extranei*, alcuni dei quali erano già morti prima dell'adizione della eredità o prima del verificarsi della condizione ovvero non potevano pienamente ereditare a causa di celibato. I restanti coeredi avevano preso per loro e in massima parte alienato quelle porzioni ereditarie, che secondo il diritto di quel tempo (ULPIAN. *Fragm.* tit. XVII e L. un. § 2 C. *de caduc. toll.*) eran devolute al Fisco come caduche. — Vedi HEINECCIUS, cit. Diss. § 6.

⁴⁷⁾ L. 20 § 9 D. *de heredit. petit.*

dità, non sono da considerarsi come massime giuridiche totalmente nuove; piuttosto sanciscono massime che già in parte si erano formate nella dottrina e nella pratica. V. su ciò FRANCKE, *Exegetisch-dogmatischer Comment. über den Pandententitel de heredit. petit.* (Gotting. 1864) p. 225, 226.

costituzione dell'imperatore M. ANTONINO il filosofo ⁴⁸): *senatusconsultum, auctore divo HADRIANO, avo meo, jactum*, così dicono le parole del medesimo, *quo cautum est, quid et ex quo tempore, evicta hereditate, restitui debeat, non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos hereditatis petitores pertinent.*

Riguardo all'applicazione della regola per la rifusione del valore dei beni ereditari venduti dee farsi tuttavia, secondo il criterio del ricordato *senatusconsultum*, una distinzione tra il *possessor bonae* e quello *malae fidei*. Il primo risponde del prezzo solo in quanto si è di esso tuttora arricchito. *Utrum autem omne pretium*, dice ULPIANO ⁴⁹), *restituere debet bonae fidei possessor an vero ita demum, si factus sit locupletior, videndum. Finge pretium acceptum vel perdidisse, vel consumsisse, vel donasse. Et puto sequendam clausulam senatusconsulti* ⁵⁰), *etsi haec sit ambigua, ut ita demum computet si factus sit locupletior.* Se il *bonae fidei possessor* ha nuovamente comprato altra cosa per il valore di quella ereditaria alienata, la prima non subentra nel luogo del valore ma è doventata sua proprietà. Egli deve quindi soltanto il valore conservato. Se tuttavia la cosa così comprata fosse di minor valore di quello che l'ha pagata, deve ritenersi arricchito in proporzione dell'attuale valore di questa cosa ⁵¹). È indifferente del resto se il *bonae fidei possessor* abbia o no già ricevuto il prezzo della compra ⁵²). Così si può agire contro di lui perchè egli può sempre esigerlo. L'attore deve nulladimeno esser pago quando egli gli abbia ceduto la sua azione contro il compratore ⁵³).

Quando al contrario un *malae fidei possessor* abbia venduto beni ereditari, l'erede non ha necessità di contentarsi se egli voglia rifondergli il valore così realizzato; ma l'erede può pretendere che il

⁴⁸) L. 1 Cod. *de petit. hereditat.* [3 31].

⁴⁹) L. 23 *princ.* D. *de heredit. petit.*

⁵⁰) Questa clausola a cui ULPIANO allude ricorre nella L. 20 § 6 D. *eodem*, dove dicesi: *Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent restituere debere.* — Si veda HEINECCIUS, cit. Diss. § 8, e WESTPHAL nel cit. *Commentar.* § 416.

⁵¹) L. 25 § 1 D. *de heredit. petit.*

⁵²) L. 20 § 15 D. *eodem.*

⁵³) L. 20 § 17. D. *eodem.*

possessore o gli procuri nuovamente la cosa stessa o lo indennizzi del suo vero valore che può essere determinato dall'attore anche mediante giuramento⁵⁴). Secondo una epistola dell'imperatore SEVERO a CELERE è nondimeno da fare una distinzione nel caso che la cosa venduta possa essere fornita in natura; cioè se la alienazione sia volontaria o necessaria. Nel primo caso l'attore ereditario è autorizzato a pretendere la cosa coi frutti o il suo valore insieme agli interessi secondo che più gli giova questo o quel partito; nel secondo caso invece l'attore deve contentarsi del valore, poichè qui il *malae fidei possessor* merita equo riguardo avendo alienato una cosa che era più dannosa che utile alla eredità⁵⁵).

Se col danaro che appartiene alla eredità sono state comprate delle cose, esse non appartengono senz'altro alla medesima, ma si ha riguardo a questo se il possessore dell'eredità le abbia acquistate per sè stesse o per cagione di questa. Nel primo caso non appartengono alla eredità e il danaro deve essere rifiuto all'erede; nel secondo invece l'erede può ripetere coll'azione ereditaria ciò che il possessore ha acquistato per la eredità se anche il danaro non fosse stato precisamente preso dall'eredità. ULPIANO⁵⁶) insegna ciò espressamente dicendo: *item veniunt in hereditatem etiam, quae hereditatis causa comparata sunt: ut puta mancipia (pecoraeque etsi qua alia) quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sunt comparata, sine dubio veniunt. Si vero non pecunia hereditaria: videndum est. Et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur: pretium scilicet restituturo herede. Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit JULIANUS libro VI digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem.*

54) L. 20 § 21 D. eodem. *Si res apud emptorem extant, nec deperditae nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor: aut si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum, quantum in litem esset iuratum. At ubi perditae sunt et deminutae, verum pretium debet praestari: quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei non perderet.*

55) L. 20 § 12 D. eodem. — Si veda qui WESTPHAL, cit. *Commentar.* § 422. — La epistola di SEVERO citata da ULPIANO è la L. 1 C. *de his quibus ut indignis* [6 35].

56) L. 20 pr. et § 1 D. eodem.

si hereditatis interfuit, cum emi; at si sui causa emi, pretium venire. Si vede da questo passo che la regola data dal nostro autore: *in universitatibus iuris res succedit in locum pretii* non potrebbe essere accolta come del tutto generale⁵⁷⁾.

§ 539.

In che misura spetta alla eredità l'aumento e la diminuzione a).

Una eredità considerata come una *universitas iuris* comprende così l'aumento come la diminuzione, secondo che ULPIANO⁵⁸⁾ insegna. Quindi

I. appartiene all'erede ogni accrescimento e guadagno di cui siasi aumentata l'eredità dopo la morte del relinquirente e deve essergli consegnato da ogni possessore⁵⁹⁾ della medesima, sia *bonae* o *malae fidei possessor*, se anche il guadagno fosse stato fatto in un modo indecoroso⁶⁰⁾. Un ordinario aumento sono i frutti derivati dalla eredità, i quali debbono essere calcolati al vero erede se anche egli stesso non gli avrebbe ottenuti in tale misura⁶¹⁾. Anche i frutti di quelle cose che non appartenevano in proprietà al defunto, ma gli erano stati pignorati in via di anticresi, costituiscono una parte della eredità⁶²⁾. Qui appartengono pure i canoni di affitto dei fondi ere-

⁵⁷⁾ Vedi WESTPHAL nel cit. *Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente* § 497 b pag. 299.

⁵⁸⁾ L. 178 § 1 D. *de Verbor. Signific.* — WESTPHAL, nel cit. *Commentar.* parte V cap. 2 § 460 seg.

⁵⁹⁾ L. 20 § 3 D. *de heredit. petit. Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem; nam hereditas et augmentum recipit et diminutionem.* L. 28 D. *eodem.* *Post Senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est.*

⁶⁰⁾ L. 52 D. *eodem.*

⁶¹⁾ L. 56 D. *eodem.* Una più precisa determinazione di ciò è contenuta nella L. 40 § 1 D. *eodem.*

⁶²⁾ L. 41 § 1 D. *eodem.* — Vedi WESTPHAL, l. c. § 480.

a) Dall'argomento di questo paragrafo, come in parte del precedente, avremo occasione di trattare a proposito dell'oggetto della *hereditatis petitio*.

ditari ⁶³⁾ e l'aumento della eredità mediante allevamento del bestiame ⁶⁴⁾. Se dei danari dell'eredità sono stati mutuati ad interesse dal possessore di questa, i crediti che ne derivano insieme agli interessi appartengono pure all'eredità e il possessore deve perciò trasmettere al vero erede gli *iura cessa* ⁶⁵⁾. Finalmente appartiene pure qui il guadagno derivante da pene private ⁶⁶⁾. Un esempio ce lo offre la *poena dupli* che ha luogo nell'azione *ex lege Aquilia* in caso di una dolosa negativa del convenuto. Se il possessore della eredità abbia ricevuto il doppio da colui ch'egli ha convenuto *ex lege Aquilia* deve restituirlo al vero erede. GIULIANO ⁶⁷⁾ insegna ciò espressamente quando dice: *exiata hereditate bonae fidei possessor, quod lege Aquilia exegisset, non simplum, sed duplum restituet. Lucrum enim ex eo quod propter hereditatem acceperit, facere non debet.* Il WESTPHAL ⁶⁸⁾ afferma il contrario, perchè il doppio si fonderebbe semplicemente sopra la fortuita circostanza di una falsità adoperata contro il possessore; non aumenterebbe quindi la eredità, ma soltanto il semplice valore che per conseguenza il possessore dovrebbe restituire. Tuttavia ULPIANO ⁶⁹⁾, a cui egli si riferisce, non può aver detto il contrario perchè egli stesso adduce GIULIANO a favore della sua opinione. ULPIANO dice così: *cum praediximus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire, quaeritur utrum cum sua natura veniant; an contra. Utpote est quaedam actio, quae inficiatione crescit. Utrum cum suo incremento, an vero in simplum venit, ut legis Aquiliae? Et JULIANUS lib. VI digestorum scribit, simplum soluturum.* Evidentemente qui parlasi del caso che l'*actio legis Aquiliae* contro il possessore dell'eredità stessa formi oggetto della petizione di eredità a cagione di uno schiavo ereditario da lui ucciso o ferito. Qui se anche egli nega, non ha luogo la *poena dupli*, quia *Aquiliae actio, cum deducitur in actionem, quae*

⁶³⁾ L. 27 § 1 D. *eodem*. L. 29 D. *eodem*.

⁶⁴⁾ L. 25 § 20 et L. 26 D. *eodem*.

⁶⁵⁾ L. 30 D. *eodem*. — WESTPHAL nel cit. *Commentar* § 476.

⁶⁶⁾ L. 25 pr. D. *eodem*. — Iul. PACIUS, *Ἐννεκισμῶν s. Legum conciliatar. Centur. X Qu. 40.*

⁶⁷⁾ L. 55 D. *eodem*. — Corn. van BYNCKERSHOEK, *Observat. iur. Rom.* lib. VII cap. 8.

⁶⁸⁾ Nel citato *Commentar* § 464.

⁶⁹⁾ L. 20 § 4 D. *de heredit. petit.*

bonae fidei est, non venit, nisi qualis est origine sua, quamvis ex causa infloiationis agatur ⁷⁰⁾. Ciò non è a dire soltanto della petizione di eredità, ma anche della rivendicazione ⁷¹⁾.

Siccome una eredità, considerata come una *universitas iuris*, comprende anche la *deminutio*, secondo che ULPIANO ⁷²⁾ dice, ne segue

II. che quando si ha riguardo a regolare la massa ereditaria, deve essere stimata anche la mancanza ⁷³⁾. Ciò può accadere

1. quando taluno si arroga una eredità che non gli spetta. Qui risponde il *malae fidei possessor*

a) per tutte le somme e crediti ereditari perduti a cagione di un prestito non sicuro ^{b)} o per aver trascurato di esigerli a tempo debito ⁷⁴⁾. Risponde inoltre per avere omesso le spese necessarie a cagione delle quali i beni ereditari sono stati deteriorati ⁷⁵⁾. Può tuttavia al contrario

b) defalcare anche le spese necessarie od utili tutt'ora esistenti ⁷⁶⁾. Esse anzi vengono calcolate a favore del *bonae fidei possessor* quando pure non siano più esistenti ⁷⁷⁾.

II. Quando la eredità sia stata venduta dal vero erede; qui tutto ciò che per colpa del venditore è venuto meno nella eredità è con-

⁷⁰⁾ Si veda Io. SUAREZ de MENDOZA, *Commentar. ad Legem Aquilianam* lib. III cap. 5 num. 10 seg. e num. 25 seg. (in Ger. MEERMANNI, *Thesaur. iur. civ. et canon.* tomo II p. 155 seg.), e CUJACIUS, ad lib. 6 Dig. *Iuliani* in L. 20 § 4 D. *de heredit. petit.*

⁷¹⁾ L. 13 D. *de rei vindic.* [6 1]. L. 5 C. *eodem.* Diversamente sarebbe se il possessore *omissa hereditatis petitione* o *omissa speciali in rem actione* volesse agire pel doppio soltanto con l'*actio aquiliana* a cagione della negativa dolosa; ciò non gli è vietato. L. 26 § 2 D. *de heredit. petit.* L. 14 D. *de Rei vindic.* — SUAREZ de MENDOZA, l. c. numeri 30 e 31 pag. 156.

⁷²⁾ L. 20 § 4 D. *de heredit. petit.*

⁷³⁾ WESTPHAL nel *Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente* parte 5 cap. 3 § 485 seg.

⁷⁴⁾ L. 18 pr. L. 25 § 2 D. *de hered. petit.*

⁷⁵⁾ L. 31 § 3 D. *eodem.*

⁷⁶⁾ L. 38 D. *eodem.* L. 31 § 3 D. *eodem.*

⁷⁷⁾ L. 38 D. *eodem.* — WESTPHAL nel citato *Commentar* § 497.

^{b)} Ma al contrario non gli si potrebbe imputare di non aver collocato ad impiego fruttifero i capitali che aveva nelle mani *om pecunia perioulo dantis foeneretur* (L. 62 pr. D. *de R. V.* 6, 1). — FRANCKE, op. cit. p. 272 seg., 318 seg. — WINDSCHEID, § 612 nota 25.

siderato appartenere tutt'ora ad essa e deve essere restituito al compratore ⁷⁸⁾). Se l'erede non ha colpa per la diminuzione dell'eredità, non ne risponde ⁷⁹⁾).

§ 540.

Cause della delazione di una eredità.

Le cause giuridiche per l'acquisto di una eredità sono, in diritto romano, soltanto due, cioè, il testamento e la legge; quindi il diritto ereditario è testamentario, o legittimo ⁸⁰⁾. L'una e l'altra causa, secondo i principi del diritto civile, non può aver luogo in pari tempo riguardo ad una stessa eredità; la successione testamentaria esclude sempre la legittima o intestata. Quindi dice ULPIANO ⁸¹⁾: *Quandiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*. Siccome l'erede testamentario, se anche fosse soltanto un *heres ex re certa*, ha tuttavia un diritto all'intera eredità (§ 536), racchiude certamente, come POMPONIO ⁸²⁾ dice, una naturale contraddizione che alcuno possa in pari tempo morire *testato ed intestato* ⁸³⁾. Tuttavia questa massima subisce alcune eccezioni, di cui più diremo a suo tempo.

Secondo i diritti tedeschi una eredità può essere fondata anche sopra un contratto ^{a)}. Presso i Romani una *hereditas pactitia* non aveva luogo

⁷⁸⁾ L. 2 §§ 3 e 5 D. *de hered. vel act. vend.* [19 4]. Si veda WESTPHALS *Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbrzinscontract* § 840.

⁷⁹⁾ L. 3 D. *de hered. vel act. vendit.* [18 4].

⁸⁰⁾ § ult. I. *Per quas person. cuique acquir.* [2 9] *Hereditatum duplex conditio est: nam vel ex testamento vel ab intestato ad nos pertinent.*

⁸¹⁾ L. 39 D. *de acquir. vel omitt. heredit.*

⁸²⁾ L. 7 D. *de Reg. iur.*

⁸³⁾ I motivi di questa regola son ricercati con molta dottrina da Christ. Gottl. HAUBOLD in *Diss. de causis cui idem et testamento et intestato decedere non possit.* — Si veda tuttavia Carl. REICHELMS *Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze aus dem Civil- und Lehnrecht* pag. 216 seg.

^{a)} I Romani credevano fosse offesa al buon costume vincolarsi a disporre intorno alla propria eredità; l. 61 D. *de V. O.* 45, 1; l. 15, 19 C. *de pact.* 2, 3; l. 33 (34) C. *de transact.* 2, 4; l. 5 C. *de pact. conv.* 5, 14. Quindi poco importano a noi quelle sottili analisi che dei contratti ereditari trovansi anche presso i romanisti tedeschi. Si è

perchè in parte temevano dannose conseguenze pel relinquire a cagione della irrevocabile obligatorietà dei contratti ereditari⁸⁴), in parte perchè la successione intestata una volta stabilita mediante le generali leggi civili non poteva essere mutata in altro modo che mediante tale disposizione, la quale per le leggi dello Stato romano fosse del pari riconosciuta come legge⁸⁵). Una disposizione di simile genere era soltanto un testamento, non mai un contratto. *Privatorum enim cautionem*, dice PAPIANO⁸⁶), *legum auctoritate non censori*. Si riponeva pure nel diritto di fare un testamento un così alto valore che un cittadino non avrebbe potuto spogliarsene mediante contratto⁸⁷).

Tutti questi motivi vengono meno in Germania; quindi i contratti ereditari erano validi sino *ab antico* presso i Tedeschi e se ne faceva uso tanto più che prima della introduzione del diritto romano non

⁸⁴) L. ult. Cod. *de pact.* [2 3]. L. 4 Cod. *de inutil. stipulat.* [8 39].

⁸⁵) *Alb. Dist. THEOKEL, Tract. de origine atque progressu testamentifactionis praesertim apud Rom.* cap. III § 1 e HAUBOLD, cit. Diss. § 7.

⁸⁶) L. 161 D. *de suis et legitim. heredib.* [38 16].

⁸⁷) L. 15 Cod. *de pactis*. Si veda preferibilmente *Ad. Franc. HEBESTREIT, Vindiciae veri valoris pactorum successoriorum, tam iure Rom. quam germanico. adversus errores Interpretum.* (Erfordia 1768) cap. IV.

voluto ravvicinare il contratto ereditario al testamento quali due manifestazioni di uno stesso motivo di disporre. Cfr. soprattutto HARTMANN, *Die Lehre von den Erbverträgen und den gemeinsch. Testamenten* 1860, e la discussione di tale dottrina in WINDSCHEID § 529 nota 3. Qui gioverà soltanto ricordare che a torto si è creduta la successione contrattuale esclusivamente propria del diritto germanico; si trova anche nel diritto canonico ove la relativa dottrina ha un aspetto generale. ROSSHJET *Dogmeng.* p. 449 seg.

Nel nostro diritto non esistono altri motivi di delazione della eredità che il testamento e la legge: non valgono quindi i patti di futura successione (art. 954, 1118, 1380, 1460 *Cod. civ.*). Allo stesso scopo tende l'art. 1701 *Cod. civ.* che vieta di estendere il contratto di società ai beni di una futura successione.

Anche nel diritto nostro vale la massima di ULPIANO *quandiu potest ex testamento adire hereditas, ab intestato non defertur*. Anzi il nostro Codice è ritornato al concetto romano, dando la preferenza all'ordine testamentario sul legittimo. Il che non solo appare dall'art. 720 (ove è stabilito che si passa al secondo ordine, la legge, in mancanza del primo, il testamento), ma anche dalla efficacia ascritta al testamento. Invece nel diritto francese (che si accosta al concetto del diritto germanico: Dio solo poter fare gli eredi) col testamento si possono istituire legatari siano pure universali, non eredi; la legge soltanto determina gli eredi. Cfr. per le opinioni in proposito il VITALI op. cit. che al n. 33 conclude esser nel nostro diritto la successione testamentaria normale, la legittima presuntiva a suppletoria.

si conosceva alcuna unilaterale dichiarazione di volontà⁸⁸⁾. E neppure la introduzione dei diritti stranieri ha potuto sottrarre alcunchè alla validità dei medesimi. La storia della successione ereditaria tedesca ne offre tante e così non dubbie prove⁸⁹⁾ da maravigliarsi a ragione come vi siano ancora giureconsulti i quali dubitino della validità generale dei contratti ereditari⁹⁰⁾.

Secondo l'odierno diritto quindi una eredità può essere deferita per tre cause: mediante contratto, testamento e legge. Il diritto ereditario contrattuale esclude bensì tutti gli altri eredi, ma tuttavia è conciliabile colla successione ereditaria *ab intestato* nel caso che il contratto ereditario sia stato fatto soltanto riguardo ad una parte del patrimonio. In tal caso il rimanente patrimonio spetta agli eredi legittimi, poichè nei contratti ereditari non vale la regola: *paganus pro parte testatus et pro parte intestatus decedere nequit*⁹¹⁾. Una successione ereditaria *ab intestato* può coesistere colla contrattuale anche quando di più eredi istituiti per contratto, uno rifiuta l'eredità, non avendo luogo nei contratti ereditari alcun *ius accrescendi*⁹²⁾.

§ 541.

Si determina più precisamente il concetto di erede.

Il subietto del diritto ereditario è pertanto l'erede il quale in questa qualità acquista, mediante la delazione, un diritto all'intera eredità quando anche fosse stato istituito soltanto in una singola cosa⁹³⁾.

⁸⁸⁾ WESTPHALS *teutsches Privatrecht* parte II Abh. 71. — BUNDENS *Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts* § 660. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. Rom. Germ.* tomo II § 1401. — Io. Flor. RIVINUS, *Diss. de pactis successoriis* (Lipsiae 1730), cap. 3.

⁸⁹⁾ Si veda HEINECCI, *Elem. iuris. Germ.* tomo I lib. II tit. 6 § 146 seg., pag. 475 seg. — *Iust. Henn.* BOEHMER, *Diss. de successione hereditaria continentum ex pactis dotalibus* cap. I § 6. — HEBESTREIT cit. *Vindiciae* cap. V, e DANZ *Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts* vol. 7 § 660.

⁹⁰⁾ *V. Lud. God.* MADHIN, *Princip. iur. Rom. de Successionibus* § 200.

⁹¹⁾ KOCH, *Successio ab intestato* § 9. *Schol.* II pag. 25.

⁹²⁾ *Ern. Chr.* WESTPHAL, *Diss. de iure accrescendi inter coheredes* (Halae 1761) cap. IX § 32 — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo II § 1403.

⁹³⁾ L. 1 § 4 D. *de hered. instit.* [28 5].

Tuttavia ove non sia un *suus heres* non acquista insieme colla delazione la proprietà dell'eredità; il suo diritto consiste solo nel potersi appropriare l'eredità⁹⁴). Senza il favore della trasmissione non può quindi un erede, ove muoia, trasmettere anche ai suoi eredi ciò che egli in quella sua qualità non siasi ancora appropriato. *Hereditatem etenim*, dice GIUSTINIANO⁹⁵), *nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur: exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur: is nihilominus quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt*⁹⁶), *in suo robore mansuris*. Se al contrario egli ha acquistato effettivamente l'eredità, sia mediante adizione, o *pro herede gestio*, egli è omai un *successor universalis* o, come la legge⁹⁷) dice, un *iuris successor* e quindi è da riguardare retroattivamente come una sola persona col defunto^a) che deve ammettere come sue

⁹⁴) REICHELHM *über den Begriff des Erben* § 6 (nel suo sopra citato *Versuch* pag. 215 seg.).

⁹⁵) L. un § 5 Cod. *de caduc. tollend.* [6 51].

⁹⁶) L. 19 Cod. *de iure delib.* [6 30].

⁹⁷) L. 9 § 12 D. *de hered. instituend.* [28 5].

a) Questa frase dalla unità di persona tra il defunto e l'erede ripetuta comunemente accenna ad una costruzione bisognosa di essere analizzata seriamente. Taluno si spinge ormai a dichiarare che non è da approvarsi il concetto che col patrimonio del defunto passi all'erede la personalità patrimoniale di lui. Così WINDSCHEID § 528. Certamente è consono alle fonti il principio *heres personam defuncti sustinet*. E nella Nov. 48 pr. dicesi: *cum... nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et eius qui in eum transmittit hereditatem*. Ma è necessario vedere quale sia la portata di tali osservazioni e se possano esser pietra angolare per la costruzione di un'intera teoria, alla quale possiamo esser tratti talora anche da un soverchio spirito di generalizzare. Invero ognuno vedrà anche a primo aspetto che il principio della unità di persona tra defunto ed erede o continuazione della personalità del primo in quella del secondo è un enunciato che pecca di soverchia latitudine. Non è tutta la persona del primo che può essere continuata o rappresentata dal secondo: anzi con la morte dell'individuo si estinguono i diritti più strettamente legati alla sua persona. Ecco perchè vien aggiunto l'epiteto di personalità di diritto patrimoniale (ARNDTS-SHRAFINI III § 464 nota 1, § 521 nota 3) o personalità economica del defunto (così KELLER, *Pand.* § 456). Ma, ammessa pure come utile questa limitazione, si dovrà poi discutere se il nostro principio sia un semplice modo di spiegare la trasmissione del patrimonio dal defunto all'erede o costituisca una duratura condizione del secondo rispetto al primo. È certo che la massa dei beni ereditari si confonde con quella dei beni dell'erede e viene a costituire esclusivamente il patrimonio di questo: cessati i diritti e gli obblighi del defunto in cui è subentrato l'erede, non ha più importanza

le azioni di lui e adempiere le sue obbligazioni purchè non siano intieramente personali. D'ora innanzi l'erede può quindi trasmettere ai suoi successori l'eredità acquistata, ma la *hereditas acquisita* lo obbliga tuttavia ad adempiere la volontà del defunto⁹⁸).

§ 542.

Concetto di ultima volontà. Differenza fra testamento e codicillo.

Quando il fondamento del mio diritto ereditario riposa in una dichiarazione di volontà del defunto, questa può essere un'ultima volontà o un contratto. Ultima volontà è una unilaterale dichiarazione di volontà sopra qualche oggetto del diritto, la quale è valida soltanto dopo la morte di colui che l'ha fatta. Un'ultima volontà è quindi

1. una volontà unilaterale, cioè una volontà colla quale non si ha l'intenzione di obbligarsi e che perciò durante la vita del disponente non dà ad alcuno il diritto alla accettazione. Così distinguesi la

⁹⁸) Dei diritti e doveri dell'erede sarà pienamente trattato nel titolo *de acquirenda vel omitt. hereditate*. — Si veda intanto WESTPHALS *Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente*, ecc. § 268 seg. pag. 144 seg.

economica, nè giuridica il ricercare l'origine dei rapporti giuridici patrimoniali, riguardo ai quali si verificò la successione ereditaria. Tuttavia intorno alla portata del principio in esame troviamo sotto questo aspetto disparità di opinione fra i romanisti. Per alcuni, come JHERING, *Abhandlung*. n. 3, è un principio che spiega il passaggio del patrimonio dal defunto all'erede nè ha poi alcun'altra applicazione. Per altri, come PUCHTA, *Pand.* §§ 446, 447, e ARNDTS-SERAFINI, la personalità patrimoniale del defunto vien supposto conservarsi nell'erede.

Contro questa costruzione, vuoi sotto l'uno, vuoi sotto l'altro aspetto, oltre WINDSCHEID, è da ricordare BRINZ, *Pand.* p. 667 seg. — BRUNS in HOLTZ. *Encycl.* I (3.^a ediz.) p. 469, e KÖPPEN, *Die Erbschaft* p. 96 seg. Notevole è poi che l'hanno rigettata lo stesso JHERING, *Jahrb. f. Dogm.* X p. 408 seg., e SCHUBEL, *Instit.* §§ 26, 45, 183. La vera via per giungere ad un convincente esame del principio *heres personam defuncti sustinet* è di prendere in esame le fonti tutte da cui si vuole trarre; in parte ciò ha fatto il WINDSCHEID § 528 nota 7. Dalle seguenti: l. 1 § 1 D. *de fundo dot.* 23, 5; l. 34 pr. D. *de leg.* I (30); l. 62 D. *de A. R. D.* 41, 1; l. 59 D. *de R. I.* 50, 17; Nov. 48 pr. non si può trarre quel principio nel modo in cui è tradizionalmente insegnato.

ultima volontà dal contratto ereditario che in ogni tempo richiede l'accettazione del contraente e nel quale anche la dichiarazione di volontà dell'uno è fatta sempre con l'intenzione che l'altro debba accettarla ^a).

2. Un'ultima volontà è pienamente valida soltanto dopo la morte di colui che l'ha dichiarata. Pertanto durante la vita di questo può essere sempre mutata e chi vuole trarne un diritto, deve avere sopravvissuto al relinquente. Se egli muore prima di questo, gli eredi di lui non possono accampare alcuna pretesa. Altro è a dire del contratto ereditario: il quale accorda tosto all'altra parte che lo ha accettato un diritto irrevocabile, e se anche l'*heres pactitius* muore prima del relinquente, ha trasmesso il suo diritto ereditario ai propri eredi perchè i contratti trapassano agli eredi dei contraenti ⁹⁹).

Un'ultima volontà contiene quindi o l'istituzione di un erede o altrimenti una disposizione pel caso di morte, per esempio, un legato, una donazione e simili.

La istituzione di un erede, ovvero la unilaterale dichiarazione del relinquente a chi dopo la sua morte debbano passare tutti i diritti e le obbligazioni che con questa non estinguonsi, può accadere in un duplice modo: o in modo tale che l'erede, dopo la morte del testatore, riceva immediatamente da lui la eredità, senza persona intermedia, ovvero in modo che l'erede deve ricevere l'eredità a lui lasciata dalle mani di un altro erede nominato in primo luogo al quale dal testatore è stata imposta la cessione della medesima. Nel primo caso dicesi diretta; nel secondo fideicommissaria ^b).

⁹⁹) *Ius. Henn.* BOEHMER, *Diss. de fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium.* (Halae 1737) cap. II § 11 num. VII — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo II § 1403 e nota b.

a) Si confronti qui per questo paragone fra il contratto ereditario e il testamento il citato libro di HARTMANN, *Die Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftl. Testamenten.*

b) Nel nostro diritto non esistono istituzioni o sostituzioni fedecommissarie (*Cod. civ. ital.* art. 899).

Già la nostra antica giurisprudenza cercava di limitare le dannose conseguenze dei fedecommissi e qualche dotto decidente, come il DE LUCA, insegnava con giusto criterio storico non doversi confondere i rigidi maggioraschi spagnuoli, istituiti a noi stranieri ed aventi caratteri propri, col fedecommissi italiani, meno rigorosi e più

Un'ultima volontà mediante la quale il testatore istituisce direttamente e immediatamente un erede, dicesi testamento. MODESTINO ¹⁰⁰⁾ dice: *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. Ma questo concetto non è nè accurato nè chiaro ^{c)}, sebbene il GEBAUER ¹⁾ e il SENCKENBERG ²⁾ abbiano cercato di difenderlo ³⁾. Dal testamento si deve distinguere il codicillo con cui intendesi una tale disposizione di ultima volontà la quale non contiene alcuna diretta istituzione d'erede, ma piuttosto presuppone un erede diretto a cui la medesima è indirizzata. Mediante un codicillo può essere costituita così come col testamento una *successio universalis* ma soltanto per via di fedecommesso. Quindi dice GIUSTINIANO ⁴⁾: *directo hereditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hereditas codicillis iure relinquitur*. Pertanto mediante la

100) L. 1 D. *Qui testam. facere poss.* [23 1] ed anche HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo II § 1247.

1) *Praefat. ad TRECKELI, Tract. de origine et progressu testamentificationis apud Rom.* pag. 5 seg.

2) *Disquis. acad. de testamenti publici origine.* (Goett. 1736) cap. I § 4.

3) Si veda tuttavia WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* cap. I § 6 — de REICHE, *Comment. ad Tit. Pand. Qui testamen. facere poss.* Goett. 1796 8 § 1 pag. 32 seg.

4) § 2 I. *de codicillis*.

soggetti ad essere sciolti, anche, ad esempio, per la costituzione di doti. Confronta la mia monografia nel *Digesto italiano* s. v. *Fedecommesso*. Nel secolo scorso si fece a grado a grado più viva la opposizione ai fedecommessi e già prima della rivoluzione francese il sapiente governo di LEOPOLDO I in Toscana aveva dato il nobile esempio della loro completa abolizione. Ma l'istituto rimane ancora nella maggior parte d'Europa. Non si deve però imputare al diritto romano la degenerazione d'un istituto che, come il fedecommesso medicevale, ha ben poca somiglianza col fedecommesso romano.

c) Principalmente perchè non pone in evidenza il requisito essenziale del testamento romano che è la istituzione di un erede diretto.

Il testamento è definito nell'art. 759 *Cod. civ.* in modo che vedesi non esser più essenziale il requisito romano e convenire quindi meglio al nostro diritto la definizione di MODESTINO. Invero dal momento che fu possibile far concorrere la successione testamentaria con la legittima, non fu più necessario che il testamento contenesse essenzialmente la istituzione di erede. Il concetto di disposizione testamentaria si venne così allargando e il testamento presta adesso taluni di quegli uffici che erano riserbati in diritto romano al codicillo. Secondo l'art. 760 *Cod. civ.* le disposizioni testamentarie che comprendono l'universalità dei beni o una quota sono a titolo universale ed attribuiscono la qualità di erede; le altre sono a titolo particolare ed attribuiscono la qualità di legatario. La legge poi non ha riguardo alla denominazione adoperata dal testatore (art. 827) dovendosi invece indagare il contenuto giuridico della disposizione.

istituzione di un erede diretto distinguesi il testamento dal codicillo e perciò come GIUSTINIANO ⁵⁾ dice: la *heredis institutio* è da riguardare quale *caput atque fundamentum totius testamenti*. Talvolta però la parola *testamentum* è presa in così ampio significato che s'intende con essa qualunque ultima volontà ⁶⁾.

§ 543.

Eredi necessari e volontari. Origine di questa distinzione ^{a)}.

Riguardo alla istituzione gli eredi sono di due specie; tali cioè che mediante disposizione di legge debbono necessariamente essere presi in considerazione, quando non si abbia alcun giusto motivo di escluderli, o tali la cui istituzione dipende intieramente dalla volontà del testatore. I primi vengono detti eredi necessari (*heredes necessarii*) ^{b)}, i secondi eredi volontari (*heredes voluntarii*).

Secondo l'antico diritto romano non vi erano eredi necessari ed il testatore aveva piena libertà di istituire quegli eredi che voleva. POMPONIO ⁷⁾ dice: *verbis legis duodecim tabularum his: « uti legassit suae*

⁵⁾ § 34 I. *de legatis*. Add. L. 1 § 3 D. *de vulg. et pup. substit.* [28 6]. L. 10 D. e L. 7 C. *de iure codicill.* L. 1 D. *de hered. instit.* [28 5].

⁶⁾ L. 1 § 2 D. *de Tab. exhib.* [43 5]. L. 15 *de mort. caus. donat.* L. 3 § 25 D. *de Scto Silan.* Il pratico uso di quest'ampio significato della parola testamento mostra LETSER, *Meditat. ad Pand.* vol. V Specim. CCCLI medit. 1 in un interessante caso giuridico.

⁷⁾ L. 120 D. *de Verb. signific.*

^{a)} L'antica letteratura sull'argomento trovasi accuratamente riferita dal FRANCKE, *Das Recht der Notherben* § 1. Del GLÜCK esiste negli *Opus. iurid.* fasc. III una memoria intitolata *Diss. de constituenda legitimis portionis parentum quantitate*. — Oltre la ricordata opera del FRANCKE, che è fondamentale, citeremo MÖLLER, *Die Lehre von Pflichttheil* 1801, 1806. — FOERSTER, *De bonorum possess. contra tabulas parentum* Vratial. 1823. (Interessa qui per la prima parte). — VALETT, *Das Recht der notwendigen testament. Berücksichtigung gewiss. Verwandten oder das s. g. Notherbenrecht*. Götting. 1826. — BLUNTSCHLI, *Erbfolge gegen den letzten Willen mit besonderer Rücksicht auf die Novelle 115*. Bonn 1829. — ARNDTS in WEISKE, *Rechtslex.* VII p. 79-170. — SCHMIDT von Ilmen. *Das formelle Recht der Notherben* 1862. È da notarsi in questa opera MÜHLENBUCH, *Continuas. del Glöck XXXV* p. 76 seg. (sino a p. 119 è del GLÜCK medesimo), XXXVI, XXXVII, XXXVIII p. 1-117.

^{b)} Non si confondano gli eredi necessari in questo senso con gli *heredes sui et necessarii*.

rei, ita ius esto » latissima potestas tributa videtur et heredes instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Quindi era lecito di escludere a piacimento i propri parenti prossimi. La stessa proprietà che mediante una finzione giuridica era ascritta ai *sui heredes* già durante la vita del padre sul patrimonio di lui non valeva ad impedire la loro diseredazione. Il padre aveva persino il diritto di vita e di morte sui suoi figli; perchè dunque non avrebbe potuto diseredarli? Una cosa e l'altra erano conseguenze della patria potestà. Quindi dice PAOLO ⁸⁾ dei *sui heredes*: *licet non sint heredes instituti, domini sunt; nec obstat quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.* Il GALVANI ⁹⁾ vuole tuttavia sostenere che i *sui heredes* già secondo le XII Tavole fossero eredi necessari che il padre in alcun modo non avrebbe potuto diseredare; ma i suoi motivi non sono persuasivi e furono già contraddetti da altri ¹⁰⁾. Che presso i Greci secondo le leggi di SOLONE fosse permesso di fare testamento soltanto a colui che non aveva figli ¹¹⁾ ^{a)} non dimostra che i decemviri abbiano accolto quella legge di SOLONE. Le parole della legge decemvirale come CIGERONE ¹²⁾ ce le ha conservate e la testimonianza del loro interprete POMPONIO dimostrano piuttosto il contrario. Ancor meno dalla necessità dei *sui heredes* di accettare l'eredità paterna si può trarre la conseguenza che è obbligo del padre di istituirli eredi, poichè l'obbligo dei *sui heredes* di accettare l'eredità paterna anche contro la loro volontà era un effetto della patria potestà così come il diritto del padre di diseredarli. La norma generale espressa nelle parole delle XII Ta-

8) L. 11 in fin. D. de lib. et postum. hered. instituent. vel exhered. [28 2].

9) *Dissertationes variae de Usufructu* cap. VIII numeri 14 e 15.

10) Si veda Ios. FINESTRES. *Prælect. Cervariens ad Tit. Pandect. de liberis et postumis* parte I cap. 3 § 5 seg. — Io. van de WATER, *Observat. iur. Romani* lib. I cap. 11 pag. 55 seg. — Bern. Henr. REINOLDI, *Opuscul. iuridic.* pag. 339 seg.

11) PLUTARCHUS in *Solone*. — PETITUS ad *Leges Attic.* lib. VII tit. 6 pag. 498.

12) *De inventione* lib. II cap. 50 e *auctor ad Herennium* lib. I cap. 13. *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius est.*

a) Il testamento del diritto attico è così differente dal romano anche dei prischi tempi che sembra impossibile qualunque illazione dall'uno all'altro. Cfr. HERMANN-THALHEIM, *Griech. Rechtsalterth.* pag. 62.

vole sembra essere stata già un motivo sufficiente per escludere i figli quando il padre avesse voluto istituire un altro erede ¹³⁾). LIVIO ¹⁴⁾ cita anche un esempio di preterizione di un nipote per parte di figlio nel testamento di un certo Demarato. Ma assai presto in vantaggio dei testatori sorse il principio che i figli i quali già si avevano o che poi erano venuti o che sarebbero venuti sotto la patria potestà se più a lungo si fosse vissuti (*liberi et postumi*) dovessero almeno espressamente essere esclusi ^{c)}, poichè in caso diverso rimaneva dubbio se il testatore o per semplice errore o perchè non aveva preveduto questo cambiamento delle circostanze, avesse voluto istituire un altro ^{15) d)}). La libertà che nelle XII Tavole era concessa ai testatori degenerò tuttavia in seguito in crudeli abusi. Talvolta rinnegavano i padri

¹³⁾ FRANCO BALDUINUS in *Commentar. de Legibus XII Tabular.* cap. 29 pagina 119 (Basiliae 1557 8). — EV. OTTO in *Comm. ad pr. Instit. de exheredat. liberor.* — IOS. FINESTRES ad *Tit. Pand. de liberis et postumis* parte I cap. 3 § 7 — VAN DE POLL, *de exheredatione et praeteritione Rom.* cap. VII § 4.

¹⁴⁾ Lib. I cap. 34.

¹⁵⁾ HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* (Berlin 1799) § 88. — Si veda pure HOFACKER, *Diss. sist. historiam iur. civ. de exheredatione et praeteritione* § 4. — HAUBOLD, *Diss. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum Praes. Car. God. de WINCKLER def.* (Lipsiae 1784) cap. 3 pagina 9 — TILLING, *de postumis heredibus instituendis vel exheredandis ad L. 28 §§ 1 e 29. D. de lib. et postum.* [28 2]. Specimen I (Lipsiae 1790) pag. 31 in fin. e seg.

^{c)} Ciò indicasi da alcuni romanisti tedeschi con la espressione diritto ereditario necessario formale (*formelles Notherbenrecht*), mentre per opposto dicasi materiale quello che spetta a talune persone di ricevere almeno una parte di ciò che avrebbero ottenuto succedendo *ab intestato*. Taluni tuttavia parlano in questo caso di titolari del diritto alla legittima (*Pflichttheilberechtigzte*) per non confondere questi eredi necessari con quelli dell'antico diritto romano.

^{d)} La ragione che il GLÜCK adduce è giusta. Così anche FRANCKE op. cit. p. 19. Invero sarebbe errore credere che la pratica giurisprudenza romana stabilisse in origine come forma del testamento la istituzione o diseredazione dei *sui* per limitare la libertà del testatore. Per quanto ciò possa apparire dalle parole finali della *l. 120 D. de V. S.* 50, 16 contraddice affatto a questa idea il diritto dell'arbitraria diseredazione riservato al testatore. Tuttavia i giuristi guardavano di mal occhio le diseredazioni: *exheredationes non sunt adiuvandae* (*l. 19 D. de lib. et post.* 28, 2) e ciò tanto più a ragione quanto più nell'antico diritto romano dipendevano esclusivamente dalla volontà del testatore. Soltanto con la Novella 115 [Zach. 136] dell'anno 541 furono determinati legislativamente i giusti motivi di diseredazione e così questa venne ad acquistare un carattere eccezionale.

quell'affetto naturale pei loro figli, sul quale i legislatori in modo speciale avevano calcolato¹⁶), tanto che senza alcun motivo li diseredavano¹⁷). Siccome tale condotta dei padri non solo sembrò non equa, ma anche contraria alla ragione¹⁸), così dapprima mediante la pratica dei tribunali centumvirali¹⁹), ed anzi sul principio soltanto a favore dei figli, fu introdotto un mezzo giuridico col quale essi potevano agire affinchè tal crudele testamento fosse rescisso, quasi che il testatore non avesse avuto mente sana²⁰). Si disse tal mezzo giuridico *querela inofficiosi* e), e fu in seguito esteso anche ai genitori, ai fratelli

¹⁶) A ciò allude CICERO quando *pro Roscio Amerino* cap. 19 dice: *Multa oportet esse vitia, atque peccata filii, quibus parens potuerit animum inducere, ut naturam ipsam vinceret, ut amorem illum penitus insitum eiceret ex animo, ut denique patrem esse sese oblivisceretur.*

¹⁷) Offrono esempi PLINIUS, libro VII *Epistol.* 33 e VALERIUS MAXIMUS, lib. VII cap. 7. — Si veda *Ant. SCHULTING, Diss. de testamentis rescissis (in Eius Commentar. academ. Halae edit. 1770 8) vol. I Diss. VI.*

¹⁸) SENECA, *de Clementia I*, 14 dice: *Numquid aliquis sanus filium ad primam offensam exhereditat?*

¹⁹) PLINIUS, lib. V ep. I, lib. VI ep. 33. — VALER. MAXIMUS, lib. VII c. 7 *Ex. I.* Quindi la stessa querela d'inofficiosità è detta molto spesso *iudicium centumvirale*. — CICERO, *de Orat.* lib. I c. 38. L. 13 D. *de inoff. testam.* [5 2]. L. 30 D. *de liber. leg.* [34 3]. — *Cor. van BYNCKERSHOEK, Observat. iur. Rom.* lib. V c. 5. — SICCAMA, *de iudicio centumvirali* lib. II cap. 5.

²⁰) Nel pr. I. *de inoff. testam.* dicesi: *Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur inique se exheredatos hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint, cum testamentum ordinarent;* e ULPIANO dice: L. 5 in fine, D. *eodem. Res illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.*

e) Cfr. su questa *querela* soprattutto FRANCKE op. cit. §§ 20-24. Anche HARTMANN, *Über die querela inofficiosi test. nach. classisch. Recht (akad. Progr. 1864)* e tra i manuali specialmente VANGEROV, II § 478 n. 1. Secondo il concetto proprio del diritto romano la *querela* attacca un testamento in sè valido, ma contrario all'affetto verso coloro che erano legati al testatore da vincoli di stretta parentela. Tale idea è espressa chiaramente nel pr. I. *de inoff. test.* ove dicesi: *recte quidem fecit testamentum non autem ex officio pietatis.* Di qui l'epiteto d'inofficioso dato al testamento; inverso la parola *officium* indicava esattamente pei Romani il dovere morale.

Il mezzo giuridico contro tale testamento si disse *querela*, non *actio inoff. test.* perchè nel preciso linguaggio procedurale romano la prima parola indicava meglio la natura di mezzo giuridico straordinario e sussidiario (§ 2 I. *de inoff. test.*) che ha quell'azione (cfr. per questo linguaggio l. 6 § 2; l. 7; l. 17 pr.; l. 27 pr. § 3 D. *de inoff. test.*).

Nel nostro sistema procedurale in cui le azioni non hanno necessariamente un nome

e alle sorelle ²¹⁾; in pari tempo fu stabilito che questa azione dovesse cessare quando alle persone che potrebbero attaccare il testamento fosse stata lasciata una certa parte dei beni che dicesi legittima ⁷⁾. Così sorse la distinzione fra eredi necessari e volontari riguardo all'istituzione, la quale non è da confondere con un'altra distinzione degli eredi, poichè questi riguardo all'acquisto dell'eredità vengono divisi in necessari e volontari. Di questa distinzione trattasi nel titolo *de acquirenda vel omittenda hereditate*.

Eredi necessari riguardo alla istituzione sono pertanto

I. I discendenti del testatore ma,

1. solo figli veri, non figliastri. Se tuttavia questi mediante la parificazione (*Einkindschaft*) ⁹⁾ rimpetto ai patrigni sono stati posti

²¹⁾ Si confronti *Ant. SCHULTING, Diss. de testamentis rescissis*. § 5 (in *Eius Commentat. academ.* vol I pag. 289) e i miei *Opuscula iurid.* fascic. III pag. 39).

speciale, esiste tuttavia nella sostanza un'azione avente lo scopo della *querela inoff. test.* come esistono, nominatamente indicate, azioni di riduzione delle disposizioni testamentarie (art. 821 *Cod. civ.*) e delle donazioni (1091 seg.) eccedenti la quota disponibile, le quali in certo qual modo fanno le veci dell'*actio expletoria* o *suppletoria* e della *querela inoff. donationis* accordate anche dal diritto romano ai legittimari.

f) E dicesi pure legittima (nel nostro linguaggio anche quota indisponibile, riserva, ecc.) la parte che si ha diritto di pretendere con la *querela inoff. test.* cioè *portio legitima*. Ma questa espressione non era usata dai giureconsulti romani; ricorre anzitutto in una costit. di COSTANTINO e più spesso in quelle di GIUSTINIANO (FRANCKE op. cit. p. 171). Nel linguaggio classico si parla di *quarta legitimae partis* (§ 3 I. *de inoff. test.*), di *quarta debita portionis* (l. 8, § 8, 11 D. *de inoff. test.*), di *quarta pars ab intestato successione* (l. 31 C. *de inoff. test.*). Queste espressioni contengono un concetto fondamentale nella dottrina della legittima: quello, cioè, del nesso fra la legittima e la successione *ab intestato*. I Romani dettero a quell'istituto un preciso aspetto prendendo come limite il diritto di successione intestata dei legittimari per determinare la serie di questi. Riguardo poi all'ammontare della legittima, verosimilmente fu modellato dapprima sulla *quarta falcidia* (cfr. FRANCKE op. cit. p. 170-171). Anche al GELFCK è sembrato criterio fondamentale nella dottrina della legittima il collegamento fra questa e la successione intestata, ma non lo ha espresso qui con acutezza; meglio nel paragrafo seg. Del resto, è ben vero che il diritto di successione intestata non è il fondamento positivo del diritto alla legittima (così anche WINDSCHEID § 579 nota 8), ma senza quello non si ha questo, perchè la *querela inoff. test.* è appunto diretta ad una quota della porzione che si sarebbe ricevuta *ab intestato*.

g) Istituto del diritto tedesco, mediante il quale i figli di secondo letto vengono al momento delle seconde nozze equiparati dagli sposi ai figli di primo letto col consenso di questi, ed eventualmente dai loro parenti e tutori, per ciò, che si riferisce all'intero patrimonio familiare (HEUSLER, *Inst. des deut. Privatr.* II p. 476). È ormai antiquato anche in Germania; tuttavia taluni (così il GIERKE, *Jahrb. f. Gesetz. Verw. u. Volkswirth. i. d. R.* dello SCHMOLLER XIII *Ergänz. zum zw. Hefte* p. 81) lo vorrebbe conservato anche nel Codice generale per l'Impero tedesco.

per la futura successione ereditaria nella condizione di veri figli, hanno acquistato così un diritto contrattuale di eredità, che non può esser loro tolto, nè diminuito mediante testamento, se anche del resto rimanesse loro impregiudicata la legittima²²⁾: purchè i diritti particolari non abbiano concesso libertà di testare ai patrigni che han fatto quella parificazione²³⁾. Da questo caso infuori il testamento è nullo²⁴⁾. Se tuttavia i figliastri equiparati ai figli fossero stati diseredati per legittimi motivi, questa diseredazione deve in tutto essere riguardata e trattata come una revoca della parificazione a causa di ingratitude²⁵⁾. Per tale diseredazione i figli non possono assolutamente fare alcuna perdita riguardo ai propri beni caduti nel contratto di parificazione, ma niente possono ricevere dal patrimonio dei patrigni diseredanti.

2. Rimpetto al padre figli legittimi. Ai figli illegittimi non spetta legittima alcuna, eccetto che mediante una piena legittimazione abbiano acquistato il diritto ereditario proprio dei legittimi. In tal caso spetta ad essi, come ai figli legittimi, l'azione d'inofficiosità²⁶⁾.

²²⁾ LEYSER, *Meditat ad Pand.* vol. I Specim. XX med. 7. — PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tomo I Obs. 200 §§ 48 e 49. — WESTPHALS *teutsches Privatrecht* parte 2 sez. 48 § 10. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo I § 613. — RUNDE, *Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts* § 676. Di altra opinione sono Jo. Hartw. REUTER, *Diss. de iure testandi unientibus post initam unionem prolium competente* (Halae 1750) §§ 30 e 31. — BÖHMER negli *auserselene Rechtsfälle* vol. 1 sez. 2 resp. 57 num. 8 e altri molti; ma si veda Ge. Henr. AYRER, *Diss. de indole unionis prolium genuina* (Göttingae 1756) § 17 e QUISTORP *rechtl. Bemerk.* parte 2 num. 74.

²³⁾ Si veda, per esempio, il *Dir. territor. di Treviri*, tit. IX § 6.

²⁴⁾ HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.* vol. III Obs. 500.

²⁵⁾ HARPPRECHT, *Respons.* LXXIX num. 70. — RICK ab ARWEILER, *Tr. de unione prolium.* cap. X § ult. — AYRER. cit. Diss. § 18. — *Ohr. Henr. BREUNING*, *Qu. iur. controv. an unio prolium adimat ius testandi paciscentibus* (Lipsiae 1771) § 9. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo I § 614. Di altra opinione sono PUFENDORF, *Obs. iur. univ.* tomo I Obs. 200 § 50. — WESTPHAL, L. c. § 11 — TAFINGER, *über die Lehre von der Einkindschaft* § 35. Ma questa opinione fu sufficientemente contraddetta da Lud. Fried. GRIESINGER, in *Commentar über das Wittembergische Landrecht* vol. 5 § 76 nota e pag. 301.

²⁶⁾ VOET, *Commentar. ad Pand.* h. t. § 5. — Io. Ortw. WESTENBERG, *de portione legitima, liberis, parentibus et fratribus relinquenda.* Dissert. II cap. II §§ 19-35 e Ge. Henr. AYRER, *Diss. de rescripto legitimationis principis plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi extant.* (Goett. 1748) § 10.

3. Relativamente alla madre anche figli illegittimi in quanto ereditino da essa *ab intestato*. ULPIANO ²⁷⁾ dice espressamente: *De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt*.

4. Figli adottivi in quanto siano stati adottati *plene* e l'adozione non sia stata annullata durante la vita del padre adottivo ²⁸⁾. Ove siano stati arrogati dei fanciulli si ha riguardo se erano tuttora impuberi o già puberi. I primi debbono contentarsi della quarta parte che loro spetta sul patrimonio dell'arrogatore defunto secondo la costituzione dell'imperatore PIO ²⁹⁾ (*quarta divi Pii*) e in caso di diseredazione non spetta loro una *querela inofficiosi*, ma soltanto la *condictio ex constitutione divi Pii* ³⁰⁾, che è un'*actio personalis* ³¹⁾. I secondi invece rimpetto al padre adottivo hanno appunto quei diritti che spettano ai veri figli rimpetto ai loro genitori, e debbono quindi essere istituiti o per legittime cagioni diseredati, altrimenti possono attaccare il testamento come inofficioso ³²⁾.

Del resto, relativamente ai discendenti

a) non si ha riguardo alla prossimità del grado. Pertanto i nipoti del testatore sono eredi necessari così come i figli e le figlie di lui purchè nella stessa linea in cui trovansi i nepoti non esista alcun ascendente più prossimo, che ad essi è preferito ³³⁾. I loro genitori debbono quindi esser premorti al testatore, poichè diversamente non spetta loro alcun diritto ereditario. Qui non ha luogo una *successio graduum*. Quando, per esempio, un padre disereda il figlio e preferisce il nipote per parte di esso, questi, se suo padre ha sopravvissuto al nonno, non può promuovere l'azione d'inofficiosità nè far rescindere il testamento, ove pure suo padre fosse morto prima

²⁷⁾ L. 29 § 1 D. h. t. L. 8 D. *Unde cognati* [38 8].

²⁸⁾ § 2 I. h. t. L. penult. Cod. *de adoptione*. [8 48]. — VOET *ad Pandect.* h. t. § 5.

²⁹⁾ L. 2 Cod. *de adopt.* §§ 3 e 6. I. *eodem*. L. 22 *princip.* D. *eodem*.

³⁰⁾ L. 8 § 15 D. *de inoff. testam.*

³¹⁾ L. 1 § 21 D. *de collat. bonor.* [37 6]. — SCHMIDTS *theor. pract. Comment. über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden* vol. 3 § 565 *seg.*

³²⁾ L. 10 § 5 C. *de adopt.* [8 48]. L. penult. § ult. D. *eodem*. — REINOLDI, *Opuscul. iurid.* pag. 347 *seg.* — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo II pag. 1693.

³³⁾ VOET, *Commentar. ad h. tit.* § 6. — Io. Hartw. REUTER, *Diss. de effectu quaerelae inoff. testamenti iuxta ordinem edicti successorii institutae* §§ 7 8 e 9.

che l'erede avesse adito l'eredità³⁴⁾. Non avendo infatti i nipoti rimpetto all'avo alcun diritto ereditario fino a che i loro genitori sono in vita, neppur la trascuranza di quelli può far rompere il testamento dell'avo: *cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat*, come dice ULPIANO³⁵⁾. Molti giureconsulti³⁶⁾ affermano tuttavia che ai nipoti spetta l'azione d'inofficio, quando il loro padre diseredato non abbia potuto o voluto promuoverla. Ma PAOLO³⁷⁾, su cui si appoggiano, parla soltanto della *successio ordinum*, che indubbiamente ha luogo nella *querela inofficiosi*³⁸⁾, come a suo luogo mostrerò.

b) Non fa neppure differenza se i figli al tempo del testamento erano già nati o no. Infatti la legittima spetta anche ai postumi, e se a loro nel testamento non si ebbe riguardo, essi lo rompono o possono attaccarlo come nullo per mezzo della *querela inofficiosi*³⁹⁾. Si intende da sè che in essi vien presupposta la capacità di succedere⁴⁰⁾. Finalmente

³⁴⁾ L. 9 § 2 D. *de lib. et postum.* [28 2]. L. 6 pr. D. *de iniusto, rupto et irritato testam.* [28 3]. L. 4 § 1 D. *de honor. poss. contra tab.* [37 4]. L. 7 pr. D. *Unde liberi* [38 6]. — ANI. FABER, *de erroribus Pragmaticor.* Decad. XXIX ERR. 5. — VOET *ad Pandect.* h. t. § 6. — IO. A SANDE, *Decision. aureas* lib. IV tit. IX Definit. 7. — KOCH, *Bonorum possessio* § 27 pag. 289.

³⁵⁾ Cit. L. 6 pr. D. *de iniusto, rupto testamento* [28 3].

³⁶⁾ VINNIUS, *Select. iuris. Quaest.* L. I cap. 20. — NOOTD, *Comm. ad Pand. h. t. (Operum tomo II pag. 163).* — WESTENBERG, *de portione legitima Dissert.* II cap. II § 15 e molti altri.

³⁷⁾ L. 31 D. h. t.: *Si is, qui admittitur ad accusationem, noluit, aut non possit accusare; an sequens admittatur videndum est, et placuit, posse: ut fiat successioni locus.*

³⁸⁾ L. 14 D. *eodem.* BACHOVIVS, *ad Treutlerum* vol. I Disp. XIII th. V lit. C. e D. pag. 524. — PET. DE GREVE, *Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora* (Noviomagi 1660) Ex. VII § 24. — LUC. VAN DE POLL *de exheredatione et praeteritione* cap. LXXX § 5. — KOCH, l. c. § 27 pag. 290.

³⁹⁾ §§ 1 e 5 I. *de exheredat. liberor.* [2 13] § 2 in fine I. *de inoff. testam.* [2 18]. L. 6 pr. D. *eodem.* L. 3 Cod. *eodem.* L. 4 in fine. Cod. *de liber. praeterit.* [6 28]. — VOET *ad Pand.* h. t. § 5. La Nov. 115 cap. 3 non mutò qui alcunchè, come ha mostrato IOS. FINESTRES *in Praelect. Cervar. ad tit. Dig. de liberis et postumis* [28 2] parte IV cap. 3 ai numeri 28-36 e lo stesso in *Diatriba de postumis, et qui postu. loco sunt, heredibus instit. vel exher.* cap. VI § 4.

⁴⁰⁾ L. 3 C. *de postum. heredit. instit.* [6 29]. — WESTENBERG, *de portione legitima.* Diss. II cap. 2 § 16 e il mio Commentario, parte II § 114 pag. 69 seg. (Ediz. ital. lib. I pag. 483 seg.).

c) anche riguardo ai veri figli è indifferente se sono tuttora nella patria potestà o no: anche ai figli emancipati spetta la legittima, ove non si abbia una giusta causa per escluderli ⁴¹⁾. Se ingiustamente furono esclusi, secondo la diversità dei casi, dei quali tratterò in seguito, possono promuovere o la *bonorum possessio contra tabulas* o la *querela inofficiosi* ⁴²⁾. Figli adottivi emancipati non sono eredi necessari ⁴³⁾: solo all'arrogato, che è tuttora impubere, spetta la *Quarta D. Pis.*, se senza giusto motivo fu emancipato ⁴⁴⁾ ^{h)}.

II. Dopo i figli seguono nella serie degli eredi necessari i genitori, sotto la quale intitolazione vengono compresi tutti i parenti della linea ascendente ⁴⁵⁾; debbono tuttavia

1. esser veri genitori; i patrigni possono essere preteriti a piacimento. Anche la parificazione dei figli (*Einkindschaft*), di regola non produce un vicendevole diritto ereditario dalla parte dei patrigni, a meno che mediante apposita convenzione non sia stato costituito o non abbia luogo secondo particolari diritti provinciali ⁴⁶⁾; poichè in tal

⁴¹⁾ § 5 I. *de exheredat. liberor.*

⁴²⁾ L. 4 Cod. *de liberis praeterit.* — Ios. FINESTRES, *Praelect. cit. ad Tit. Pand. de liberis et postum.* parte II cap. 3 § 8 e parte IV cap. 2 § 10.

⁴³⁾ § 4 I. *de exheredat. liber. Emancipati a patre adoptivo neque iure civili, neque eo iure, quod ad Edictum praetoris attinet, inter liberos connumerantur.*

⁴⁴⁾ § 3 I. *de adopt.* [1 11]. — WESTENBERG, l. c. § 18.

⁴⁵⁾ L. 1, 2 e 3 D. *de gradib. et adfin.* [38 10]. L. 51 D. *de Verb. significat.* — BRISSONIUS, *de Verb. signif. v. Parens*, e van VRYHOFF, *Observat. iur. civ.* cap. XXIV pag. 123 seg.

⁴⁶⁾ STRYK, *Us. mod. Pand. Tit. de adoptionibus* § 14. — WESTPHAL, *teutsches Privatrecht* parte II Abh. 48 § 13. — RUNDE *Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts* § 676 e nota a. Sostengono il contrario PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tomo I Obs. 200 § 23. — HOFACKER, *Princ. iur. civ.* tomo I § 612. — TAFINGER, *über die Lehre von der Einkindschaft* § 38. — CLAPROTH, *theor. practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen* § 233 num. 5 pag. 482. Ma confuta questa opinione Lud. Frid. GRIESINGER, nel *Commentar über das Wirtembergische Landrecht* vol. 5 § 75 nota t pagine 295 seg.

^{h)} Riguardo ai discendenti come titolari del diritto alla legittima cfr. FRANCKE op. cit. § 16. Nel nostro Codice pure la prima classe dei legittimari è quella dei discendenti (art. 806). Una vera e propria legittima non spetta ai figli naturali riconosciuti, ma essi hanno diritti analoghi (art. 809). La porzione dovuta ai figli naturali è una detrazione della quota disponibile (art. 818) e deve esser lasciata loro senza pesi alla stessa condizione della legittima.

caso vale per i genitori parificanti proprio quello che sopra fu detto dei figliastri parificati. Anche ai genitori adottivi non spetta alcuna legittima ⁴⁷⁾. Al contrario i veri genitori rimangono eredi necessari, se anche i figli sono stati pienamente adottati da un altro. MARCIANO ⁴⁸⁾ dice espressamente: *Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest*. Chiaramente qui non si parla del padre adottivo, ma del vero padre, il quale è stato preterito dal figlio dato ad altri in piena adozione, dopochè esso per la morte del padre adottivo è diventato *sui iuris* ⁴⁹⁾. In questo caso deve spettare al vero padre la *querela inofficiosi* contro l'inofficioso testamento di suo figlio, come era massima di diritto già da gran tempo secondo un decreto del pretore C. CALPURNIO PISONE, di cui fa ricordo VALERIO MASSIMO ⁵⁰⁾.

2. Si deve la legittima soltanto ai nostri prossimi ascendenti: i quali nullameno possono essere non solo i genitori, ma anche gli avi, se quelli son già premorti al testatore. Anzi anche ai più lontani ascendenti spetta la legittima se non ve ne sia di più prossimi. Il più prossimo ascendente esclude qui pertanto, come nella successione intestata, il più lontano, ed anche qui, ove parlasi del diritto alla legittima e dell'azione d'inofficiosità, non ha luogo alcuna *successio* del più lontano, se il più prossimo ascendente, a cui io doveva la legittima, sia stato diseredato o preterito e questi non volle o non potè servirsi della *querela* ⁵¹⁾.

⁴⁷⁾ Si veda la mia *Diss. de constituenda legitima portione parentum quantitate*. Sect. I § 3 (in *Opuscul. iurid.* fascic. III pag. 22 seg.).

⁴⁸⁾ L. 30 pr. D. h. t.

⁴⁹⁾ *Basilic.* lib. XXXIII tit. I tomo V pag. 258 (Heimbach III 530).

⁵⁰⁾ L. VII cap. 7 § 5: *Egregia quoque est C. Calpurnii Pisonis, Praetoris urbanei, constitutio. Cum enim ad eum Terentius ex octo filiis quos in adolescentiam perducerat, ab uno in adoptionem dato, exheredatum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est. Movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis. La bonorum possessio, di cui qui si fa menzione, è quella unde cognati, mediante la quale il padre diseredato nel caso che il figlio a causa di piena adozione sia uscito dalla famiglia e dalla patria potestà doveva scegliere in tempo la via della *querela inofficiosi*. — Ant. SCHULTING, *Diss. de testamentis rescissis* § 5 (in *Eius Commentat. academ.* vol. I Diss. VI pag. 288 seg.).*

⁵¹⁾ Vedi WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 1022 pag. 758. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo II § 1697 nota b pag. 870.

3. I figli illegittimi sono obbligati a lasciare la legittima ai loro genitori solo in quanto essi hanno facoltà di pretenderla da questi, poichè i diritti di successione di regola sono vicendevoli ⁵²). Quindi la madre può pretendere la legittima dal figlio naturale, in quanto questo eredita da essa *ab intestato* e la madre può anche promuovere l'azione d'inofficiosità in caso che sia stata preterita senza giusti motivi ⁵³). Invece il figlio naturale può preterire a piacimento il proprio padre, come può esser preterito liberamente da questo, purchè non sia stato pienamente legittimato ⁵⁴). Finalmente

4. vi è ancora da osservare che i genitori possono accampare una pretesa alla legittima solo in quanto i figli stessi fanno testamento ed hanno quindi tale capacità. Se essi son tuttora impuberi e quindi incapaci di testare, il padre che, mediante il diritto della sostituzione pupillare, testa per essi, può a proprio piacimento escludere la madre ⁵⁵) †).

Se non vi siano figli nè genitori cui spetti la legittima o coloro che vi sono siano stati esclusi nel testamento e non vogliano o non possano attaccarlo, si giunge in ultimo

III. ai fratelli e alle sorelle ⁵⁶). A queste persone tuttavia spetta

⁵²) HÖFFNERS *Commentar über die Heinocoischen Institutionen* § 693 pag. 695.

⁵³) HOFACKER, *Princ. iur. civ.* tomo II § 1693 num. 2 pag. 860. Non fa distinzione se la madre sia o no una *mater illustris*. — STRYK, *de Succ. ab. int.* Diss. II cap. I § 44 e KOCH, *de Succ. ab. int.* § 57.

⁵⁴) La mia *Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate*. Sect. I § 4 in *Opuscul. fasc. III* pag. 33 seg.

⁵⁵) L. 8 § 5 D. h. t. cap. I *de testam. in 6to*. — Di altra opinione è OLAUD. CHIFLETIUS, *de portionibus legitimis* cap. 10. — WESTENBERG, *de portione legitima* Diss. II cap. 3 § 8. — WESTPHAL, nella *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 380. — Si veda per altro ANT. MERENDA, *Controvers. iur. lib. III* cap. 40. — PHIL. IAC. HEISLER, *Diss. de pupillariter substituto heredes legitimos, praecipue matrem pupilli, excludente* (Halaë 1750). — IO. BALTHAS. KÜSTNER, *Diss. de pupillari testamento praeterita impuberis matre, rato* (Lipsiae 1788) e BERN. HENR. REINOLDI, *Opuscul. iurid.* pag. 349 seg.

⁵⁶) § 1 I. h. t. L. I L. 8 § 5 D. *codem*. — WESTENBERG, *de portione legitima* Diss. II cap. 4 §§ 1 e 2 — GE. LUD. BOEHMERI, *Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum* (Goet. 1751).

†) Per la legittima degli ascendenti cfr. FRANCKE op. cit. § 16. Nel nostro Codice è pure la seconda classe (art. 807).

la legittima solo nel caso che sia loro preferita una persona infame o turpe. Quindi dice GIUSTINIANO⁵⁷⁾: *Considerandum est, legem quibusdam testatoribus necessitatem imponere, partem aliquam certis personis tribuendi, tanquam a natura iis debitam, ut liberis, nepotibus, patribus et matribus; interdum etiam fratribus*. Evidentemente ciò è da intendere pel caso, a cui l'imperatore COSTANTINO il grande restringe l'azione di inofficiosità dei collaterali⁵⁸⁾, come GIUSTINIANO già chiaramente ha detto in un altro luogo⁵⁹⁾. È dubbioso se già secondo le leggi delle Pandette spettasse ai fratelli e alle sorelle quest'azione soltanto contro una persona spregevole. GOTOFREDO⁶⁰⁾ e NOODT⁶¹⁾ hanno cercato di renderlo verosimile mediante parecchi passi⁶²⁾. Ma Giovanni van de WATER⁶³⁾ e Gio. Gugl. MARCKART⁶⁴⁾ a cui accede anche PUETT-MANN⁶⁵⁾ affermano che prima di COSTANTINO ai collaterali preteriti spettasse la *querela inofficiosi* senz'alcuna distinzione se l'erede istituito fosse onorevole o turpe persona⁶⁶⁾. Sia come vuolsi, è certo che secondo la costituzione dell'imperatore COSTANTINO, fratelli e sorelle possono muovere fondate lagnanze di inofficiosità verso di loro soltanto quando venga ad essi preferita persona infame o turpe. La costituzione stessa così suona nel codice giustiniano⁶⁷⁾: *Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur. Consanguinei autem, durante agnatione, vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis, de inofficioso questionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae*

57) Nov. 1 [Zach. 9] Praefat. § 2.

58) L. 27 Cod. h. t. — Aegid. GRAFLAND, Diss. ad L. 27 Cod. de inoff. testam. [3 28] (Lugd. Batavor. 1751).

59) § 1 I. h. t.: *Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus, ex sacris Constitutionibus praelati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt.*

60) Commentar. ad L. 1 Cod. Theod. h. t.

61) Commentar. ad Dig. h. t. tomo II Operum pag. 162.

62) L. 24. L. 31 § 1 D. h. t.

63) Observat. iur. Rom. lib. I cap. 12.

64) Interpretat. receptar. iur. civ. lection. lib. I cap. 14.

65) Diss. de querela inofficiosi testamenti fratribus uterinis haud concedenda (Lipsiae 1761) cap. I § 3.

66) Si veda pure Corn. van BYNCKERSHOEK, Observat. iur. Rom. lib. V cap. 5 e i miei Opusc. iurid. fasc. III pag. 9 seg.

67) L. 27 C. h. t.

macula adspergantur, vel liberti, qui perperam, et non bene merentes, maximisque benefiis suum patronum adsecuti, instituti sunt: excepto servo necessario herede instituto. TRIBONIANO ha posto insieme veramente questa legge con due diverse costituzioni dell'imperatore COSTANTINO il grande, cioè con la L. 1 e L. 3 *Cod. Theod. de inoff. testam.*, e siccome qui qualche cosa è stato cambiato, così è necessario conoscere più da vicino la fonte cui TRIBONIANO attinse. La L. 1, *Cod. Theod. h. t.* è del seguente tenore: *Fratres uterini ab inofficiois actionibus arceantur: et germanis tantummodo fratribus adversus eos duntaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio Praetoris, petitionis aditus referretur.* Le parole della L. 3 *Cod. Theod. eodem* suonano invece così: *servus necessarius institendus est, quia non magis patrimonium, quam infamiam consequi videtur. Unde obaret, actionem inofficiois fratribus relaxatam, cum infamiae adspergitur vitis is, qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quae per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non potest institutus. Ita in hac quoque parte, si quando libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiois actione proposita praevalcant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos volerat pertinere.*

Dal confronto di queste leggi risulta

1. che la *querela inofficiois* non deve spettare a tutti i collaterali senza distinzione, ma soltanto *fratribus atque sororibus germanis e consanguineis*. Veramente COSTANTINO fa cenno soltanto dei *fratres germani*, e TRIBONIANO ha posto in luogo di *germani* la parola *consanguinei*. Ma COSTANTINO intende senza dubbio per *germani* tutti i legittimi fratelli e sorelle, che hanno uno stesso padre, vuoi generati con un'unica madre (fratelli bilaterali, *germani proprie sic dicti*), vuoi con diverse madri (*consanguinei*, fratelli unilaterali per parte di padre), come anche GOTOFREDO⁶⁸) ha osservato. Appare ciò chiaramente dalla circostanza che COSTANTINO ha contrapposto fra loro i *fratres germani* e gli *uterini*. Parimente sotto la parola *consanguinei* che TRIBONIANO adopera son compresi senza dubbio i fratelli e le sorelle bilaterali (*germani*), poichè le due specie di collaterali, cioè i bila-

⁶⁸) *Commentar. ad L. 1 Cod. Theod. h. t.* (tome I pag. 197 seg. edit. Bitter).

terali (*bilaterales s. germani proprie sio dicti*) e gli unilaterali per parte di padre (*consanguinei*) secondo il diritto di quel tempo non erano distinti riguardo alla successione ereditaria. Quindi anche le appellazioni *fratres germani* e *consanguinei* vengono spesso adoperate nelle nostre leggi come equivalenti, secondo che *Giusto Henning BOEHMER* ⁶⁹⁾ ha sufficientemente dimostrato. Verosimilmente, suppose TRIBONIANO che la parola *germani* usata da COSTANTINO potesse dar occasione all'equivoco che anche i *consanguinei* non potessero promuovere alcuna querela. Non suppose tuttavia per certo TRIBONIANO che la espressione da lui adoperata potesse nei nuovi tempi far cadere famosi giureconsulti nell'errore che soltanto pei *fratres consanguinei* la istituzione di non aver rispettabili eredi fosse condizione perchè spettasse ad essi la *querela inofficiosi* e che al contrario nei bilaterali preteriti la qualità dell'erede istituito non venisse in considerazione ⁷⁰⁾. In questo aspetto TRIBONIANO non avrebbe dovuto certamente lasciar fuori i *germani*, ma porre *germani et consanguinei*. In ciò concordano TRIBONIANO e COSTANTINO che i *fratres uterini* debbono essere assolutamente esclusi da ogni querela, sia chi vuolsi l'erede istituito, o persona di riguardo o turpe. Soltanto per cagione di chiarezza TRIBONIANO aggiunge le parole *vel sorores*. Con le parole *fratribus et sororibus uterinis* si allude a fratelli e sorelle unilaterali per parte di madre, che sono stati generati da una stessa madre, ma con diversi padri in legittimo matrimonio, o da un padre con la stessa madre, ma fuori di matrimonio e non sono stati poi pienamente legittimati, così che succedono alla madre, ma non pienamente al padre ⁷¹⁾. Prima di COSTANTINO riguardo all'azione di inofficiosità non vi era alcuna distinzione fra i collaterali. Le leggi romane prima di COSTANTINO ⁷²⁾ parlano almeno sempre di fratelli e sorelle in generale. Si sostiene

⁶⁹⁾ *Diss. de querela inofficiosi fratrum consanguineorum* (Halae 1721) § 18.

⁷⁰⁾ *Io. van de WATER, Observat. iur. Rom. lib. I cap. 12.* — *Io. Nic. HERTIUS, in Diss. de fratris germani querela inofficiosi adversus quoscumque* (in *Opuscul.* vol. II tomo III pagine 91 seg.). — *Franc. ALEF, in Diss. de patre germano, fratris testamentum contra quoscumque expugnante* (nei suoi *Dies academ. s. Opuscul.* Diss. XXII pag. 598 seg.).

⁷¹⁾ KOCH, *de Successione ad intestato* § 83 seg.

⁷²⁾ L. 1 D. e L. 21 Cod. h. t.

quindi non senza fondamento che anche ai *fratres uterini*, quando cioè in precedenza avessero fatto istanza per la *bonorum possessio unde cognati*, rimanesse aperta la via all'azione d'inofficiosità⁷³⁾. Ma l'imperatore COSTANTINO vuole che i *fratres uterini* debbano essere completamente esclusi da questa querela e in ciò TRIBONIANO non ha fatto alcun cambiamento. Ove si domandi il perchè, si adducono diversi motivi di ciò.

a) I *fratres uterini*, come semplici cognati, secondo le leggi civili allora vigenti, non avevano alcun diritto di eredità *ab intestato*: quindi non avrebbe potuto neppure esser loro concessa una querela. Adducono questo motivo come fondamentale il BOEHMER⁷⁴⁾ e il GRAFLAND⁷⁵⁾. Ma in contrario si può obiettare che gli *uterini* potevano prima promuovere la querela e poi mediante la *bonorum possessio unde cognati* ottenere un diritto di eredità *ab intestato*. Invero sarebbe stato affatto inutile escluderli con un'apposita legge, se essi già per la circostanza che come cognati non avevano per le leggi civili alcun diritto di successione intestata, fossero stati *ipso iure* esclusi da ogni querela. Ancor più inconcepibile sarebbe poi che TRIBONIANO avesse lasciata qui senza modificazioni questa costituzione, poichè al tempo in cui la L. 27 fu inserita nel Codice, gli *uterini* ereditavano già *ab intestato* secondo il diritto civile⁷⁶⁾. Si dice inoltre

b) che COSTANTINO abbia escluso gli *uterini* dall'azione d'inofficiosità, perchè la offesa che ai collaterali preteriti vien recata con la istituzione di una turpe persona non colpisce gli *uterini* così come i *fratres germani* e *consanguinei*, non avendo essi lo stesso nome del testatore, ma un *nomen alienae gentis*. Questo motivo vien dato come il migliore da Giov. Gotof. BAUER⁷⁷⁾. Altri ancora dicono

⁷³⁾ FRANCISCVS BALDUINVS, in *Constantinus M.* lib. II pag. 248 (edit. Argentor. 1612 8). — ANT. FABER, in *Rationalia* ad L. 6 D. de inoff. testam. [5 2]. — IAC. VAN DE POLL, de *exheredatione et praeteritione* cap. LXI § 1 seg. — IO. CHRIST. WOLTAER, in *Diss. flores ad ius querelae de inofficioso testamento sparso cont.* (Halae 1778) Sect. I cap. I § 2 pag. 16 seg. — CHRIST. GOTTL. HAUBOLD, in *Diss. de differentiis inter testam. nullum et inofficios.* cap. VI pag. 26.

⁷⁴⁾ *Diss. de querela inoff. fratrum consanguineor* § 13.

⁷⁵⁾ *Diss. ad L. 27 C. h. t.*

⁷⁶⁾ L. 14 § 1 Cod. de legitim. heredit. [6 58] L. 15 § 1 Cod. eodem.

⁷⁷⁾ *Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis* (Lipsiae 1731) § 16 in fine.

c) che COSTANTINO restringendo l'azione d'infliciosità dei collaterali abbia voluto ampliare la libertà di testare ⁷⁸⁾.

Sia qual si vuole il motivo della legge, il disposto della medesima è del tutto chiaramente concepito. Innegabilmente torna in acconcio qui ciò che GIULIANO e NERAZIO ⁷⁹⁾ insegnano: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest. Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.*

2. Per ciò che riguarda le condizioni, sotto le quali a fratelli e sorelle bilaterali ed unilaterali per parte di padre spetta la *querela infliciosae*, esse secondo la costituzione dell'imperatore COSTANTINO sono le seguenti:

a) Soltanto *agnatione durante* deve esser aperta ad essi la via a quest'azione. Ciò riferisce alla circostanza che la emancipazione ancora ai tempi di COSTANTINO aboliva il diritto di agnazione. Ma per la interpolazione di TRIBONIANO vien meno questo estremo: invero nella L. 27 C. h. t. trovasi la importante modificazione *durante agnatione vel non*, con cui TRIBONIANO vuol dimostrare che nella *querela dei collaterali* non si deve più avere alcun riguardo a questa circostanza se siano emancipati o no, perchè GIUSTINIANO ha abolito questa distinzione anche nella successione intestata dei collaterali ⁸⁰⁾.

b) La *querela* deve spettare ad essi non contro tutti gli eredi istituiti, ma soltanto contro coloro, *quibus iniustas constituerit esse notas detestabilis turpitudinis*, e in tal caso ai collaterali preteriti devono esser consegnate tutte le cose *quae per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non potest institutus*, come l'imperatore COSTANTINO si esprime nella L. 1 e 3 C. Th. h. t. TRIBONIANO pone invece: *si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspargantur*. Appare da ciò che l'erede deve esser tale persona che è colpito da una *infamia iuris* o da una *infamia facti*, o appartiene al-

⁷⁸⁾ BALDUINUS, in *Constantinus M.* pag. 248.

⁷⁹⁾ L. 20. L. 21 D. *legib.* [1 3].

⁸⁰⁾ L. 15 § 1 Cod. *de legitim. hered.* [6 58]. — PUTTMANN, *Diss. de querela inoff. test. fratribus uterinis haud. conced.* cap. I § 5.

meno a quelle persone che sono rigettate in una condizione bassa e spregevole, non contemplata dalla legge (*levi nota adpersi*). Il più è da supplire qui col titolo *de his qui notantur infamia*⁸¹). Io osservo qui soltanto che la *levi nota*, che nella costituzione dell'imperatore COSTANTINO viene inflitta senza distinzione ai liberti, nel disposto della L. 27 C. h. t. è stata ristretta soltanto al caso che essi siansi dimostrati ingrati verso il loro padrone⁸²). Questa mutazione era certamente necessaria dal momento che GIUSTINIANO aveva esteso ai liberti i diritti di cittadinanza e di ingenuità⁸³). Se un liberto era giunto alla libertà per questa via che come *heres necessarius* aveva dovuto assumersi i debiti del defunto padrone e l'onta della subastazione, i collaterali del testatore preteriti non potevano agire contro di lui. Producendo oggi giorno anche la nascita illegittima una specie di disistima⁸⁴), sostengono molti giureconsulti⁸⁵) che l'azione d'inofficiosità oggidì sia fondata anche nel caso che un figlio illegittimo venga nel testamento istituito erede con esclusione dei suoi collaterali. Così fu deciso del resto anche nella pratica⁸⁶). Ma a buon dritto obiettasi contro questa opinione che gli effetti della disistima non debbono essere estesi oltre quei limiti che le leggi stesse hanno espressamente determinato. Ora nè una legge romana, nè una generale legge tedesca accordano in tal caso una querela ai collaterali preteriti; tanto meno può dunque essere loro concessa, poichè trattasi di uno di quegli istituti giuridici che deve giudicarsi

81) Si veda la quinta parte di questo Commentario pag. 129 seg. (Ediz. ital. lib. III § 374 pag. 27 seg.) — de CANNEGIESSER, *Decision. Hasso-Cassel* tomo I Decis. 15. — *Christ. Gotth. HÜBNER, über Ehre und Ehrlosigkeit* pag. 97 — e HÖPFNERS *Commentar über die Institutionen* § 86 seg.

82) Invero nella L. 27 C. h. t. alle parole *maximisque beneficiis suum patrum adsecuti* è stato ommesso il *non*, come il PÜTTMANN, in *Interpretat. et Observation iur. Rom.* cap. 29 pag. 143 ha posto fuori dubbio contro il REINOLD.

83) L. un. C. *de latinor. libert. toll.* [7 6].

84) Vedi questo Comment. vol. 5 § 385 (Ed. ital. lib. III pag. 96 seg.).

85) LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand. h. t.* § 22. — WESTENBERG, *de portione legitima*, Diss. II cap. IV § 5. — WESTPHALS *Theorie des R. R. von Testamenten* § 381 pag. 269. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo II § 1693 nota 1.

86) CARPZOV, *Iurisprud. for.* parte III Cons. 20 Def. 10.

soltanto coi principii del diritto romano⁸⁷⁾. In ciò concorda anche l'odierna giurisprudenza⁸⁸⁾.

Del resto i collaterali bilaterali riguardo alla osservata condizione non hanno alcuna preferenza sugli unilaterali. Invero la opinione di quei giureconsulti che vorrebbe accordare ai collaterali bilaterali preteriti un'azione d'inefficiosità senza distinzione contro ogni erede istituito non è fondata nè in teoria⁸⁹⁾, nè in pratica⁹⁰⁾. Se per la Novella 118 sieno stati introdotti cambiamenti in questa dottrina si vedrà in seguito¹⁾.

§ 543 bis.

Continuazione. Quali mutazioni ha introdotto la Novella 118 riguardo agli eredi necessari?

Da ciò che sopra è stato detto in generale intorno agli eredi necessari, scaturiscono i seguenti risultati:

⁸⁷⁾ VOET h. t. § 10. — HEINECCIUS, in *Diss. de levis notas macula* § 35. — PÜTTMANN, *Diss. de querela inofficiosi testamenti fratribus atque sororibus contra spurios haud competente* (Lipsiae 1772). — Ge. Lud. BOEHMER, in *Diss. de querela inofficiorum donationis fratrum* § 17 — HÜBNER *über Ehre und Ehrlosigkeit* pag. 107 in fine e seg.

⁸⁸⁾ HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. V Obs. 615. — de CANNIJSER, *Collectio Decision. Hasso-Casselae*. tomo I Deci. 116 — Io. Ad. Theoph. KIND, *Quaestion. forens.* tomo I cap. 89.

⁸⁹⁾ *Iust. Henr.* BOEHMER, *Diss. de querela inofficiosi fratrum consanguineorum* §§ 17 e 18. — HAUBOLD, *Diss. de differentiis inter testamentum nullum et inofficium* cap. VI pag. 26. — WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 381 pag. 269.

⁹⁰⁾ L. B. a WERNHER, *Observat. for.* tomo I parte V Obs. 35 — HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.* vol. III Obs. 497 pag. 159 seg.

1) Sulla legittima dei collaterali cfr. pure dettagliatamente FRANCKE op. cit. § 16 e soprattutto sulla questione quali persone faccia d'uopo siano istituite eredi perchè i collaterali abbiano diritto di promuovere la *querela inoff. test.* p. 194 seg. Noi sorvoliamo qui su questo punto di grande interesse pel diritto romano, di poco interesse pratico pel nostro, non spettando oggi ai fratelli un diritto alla legittima neppure quando sia istituita una persona turpe.

I. Sono veri eredi necessari ¹⁾ ^{m)} soltanto quei parenti cui, come tali, spetta di regola la legittima e coloro che, se siano stati ingiustamente esclusi, possono impugnare il testamento come inofficioso. Veramente secondo la Novella 117 [Zach. 141] cap. 5 anche alla vedova bisognosa compete una parte di eredità sul patrimonio lasciato dal ricco marito, la quale ha in tutto la qualità di legittima non potendo esser tolta o diminuita alla vedova mediante testamento od altre dannose disposizioni e alienazioni tra vivi. Ma tale vedova distinguesi da un vero erede necessario in ciò che essa non può impugnare il testamento del marito come inofficioso e le è concessa per tale scopo soltanto un'azione ²⁾ ⁿ⁾. Anche l'impubere arrogato,

¹⁾ *Arnold HEISE* in *Diss. de successoribus necessariis* (Goettingae 1802), ritiene (§ 4) l'espressione *heredes necessarii*, eredi necessari, come non del tutto opportuna, perchè la legittima può esser lasciata ai collaterali, nei casi che possono pretenderla, anche in un codicillo come legato o per mezzo di donazione; non esser perciò necessario che siano istituiti eredi. Anche il signor prof. *WEBER* in una nota alla edizione da lui curata del commento di *HÖFFNER* alle *Istituzioni*, p. 513, afferma che non tutti coloro cui spetta la legittima sono perciò da considerare già come eredi necessari, ma soltanto coloro che debbono essere istituiti eredi o esclusi, nella determinata forma legale, dalla eredità. Trova quindi insieme ad *HEISE* più acconcia l'espressione *successores necessarii* per comprendere così i veri e propri eredi necessari, come i collaterali. Ma, secondo il mio modo di vedere, nel concetto di eredi necessari non si ha alcun riguardo alla specie, al modo o al titolo sotto cui fu lasciata loro la legittima. Invero prima della Novella 115 ciò era indifferente anche riguardo ai figli e ai genitori. L. 8 § 6 D. h. t. § ult. I. *eodem*, Novella 18 c. 1. Quindi questi pure non sarebbero stati eredi necessari, perchè anche a loro la legittima poteva esser lasciata *per modum legati aut donationis inter vivos*; eppure non erano eredi volontari. Contro l'espressione tedesca, erede necessario (*Notherbe*) è da obiettare anche meno, poichè la parola erede (*Erbe*) presso i Tedeschi significa in genere il successore. Si veda la *Bibliothek kleiner juristischer Schriften herausgeg. von HÜBNER und TITTMANN*, vol. III pag. 492.

²⁾ Vedi la mia *Syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge*, § 142.

^{m)} Sull'uso di questa espressione presso i bizantini (ο κληρονόμος; ἀνγκαίος) conforme a quello dei moderni senza distinguere il modo con cui i legittimari ottengono la legittima (cfr. la nota 1 del *GLÜCK*), vedi l'interessante ricerca dallo *HEIMBACH*, *Zeitschr. f. Civilrecht und Process*, I pagine 358-369.

ⁿ⁾ Cfr. su questo argomento *ARNDT'S*, *Civilist. Schriften*, II pag. 641. Ma quale sarà il mezzo giuridico che la vedova userà per far valere la sua pretesa alla quota

che ha da chiedere la *quarta divi Pii*, non è un vero erede necessario, poichè, secondo ULPIANO ³⁾, tale arrogato, riguardo alla sua quarta, non è erede nè *bonorum possessor*, ma deve riguardarsi come un *legatarius partiaris* ⁴⁾, cui spetta perciò semplicemente un'azione personale ⁵⁾ o).

³⁾ L. 2 § 1 D. *Familiae ercisc.* [10 2]: « *Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit: utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium.* Add. L. 8 § 15 D. *de inoff. testam.*

⁴⁾ WESTPHAL, *System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissarten und der Erbtheilungsklage* (Leipzig 1793), § 681.

⁵⁾ L. 1 § 21 D. *de collat. bon.* [37 6].

di eredità che gli spetta? La Nov. 53 [Zach. 71] cap. 6 dice: *Si autem legatum ei relinquerit vir, minus autem quarta parte compleri hoc.* Quindi si applicheranno per analogia le disposizioni sull'*actio expletoria* che compete ai genitori e ai figli. Con ciò non si confonde il diritto della vedova con quello dei legittimari. Invero, come giustamente osserva anche l'ARNDTS l. c., se niente sia stato lasciato alla vedova, essa non può attaccare l'intero testamento, ma fare oggetto di pretesa soltanto la parte di eredità che le spetta, nè avendo diritto di pretenderla come erede, ne deriva per logica conseguenza che anche in questo caso non ha che un'azione personale contro gli eredi istituiti pel disborso di una quota di patrimonio corrispondente a quella porzione ereditaria che la legge le assicura come un legato. Cfr. nello stesso senso FRANCKE, *Das Recht der Notherben*, § 38.

L'argomento è molto interessante anche nel diritto civile italiano. Cfr. ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* III § 592 nota 4. Articoli 812-814 *Cod. civ.* Sopra già fu detto, che il diritto alla legittima spetta nel nostro Codice, ai discendenti e agli ascendenti: infatti la quota di usufrutto riservata per legge al coniuge superstite non ha il carattere di vera e propria legittima, nè è quota ereditaria, ma costituisce semplicemente un'azione di credito. Cfr. in questo senso BUSCEMI, *Arch. giurid.* VIII pag. 44 seg.; FILOMUSI-GUELFI, *Arch. cit.* VIII, pag. 233 seg.; BOSSARI, *Comment. al Cod. civ.* III § 1748; PACIFICI-MAZZONI, *Success.* I num. 211 seg.; FULCI, *Success. intest.* pag. 76. Invece il RICCÌ, *Corso di dir. civ.* III numeri 72 e 272 sostiene che la quota di usufrutto spettante al coniuge superstite ha il carattere di quota di eredità e di legittima. La giurisprudenza forense è stata oscillante. È negata la qualità di erede al coniuge superstite titolare della quota di usufrutto nelle seguenti decisioni: Corte App. Milano, 31 dic. 1867 (*Monit. trib.* 1868 pag. 84), Corte App. Casale, 28 gennaio 1868 (*La giurisprud.* V 174), Corte App. Napoli, 30 aprile 1875 (*Le Massime* XIII 404). Per l'affermativa vedi invece Corte App. Lucca, 3 agosto 1875 (*Annali* X 367) e 17 luglio 1876 (ivi XI 3, 15), Cass. Napoli, 20 giugno 1876 (*Foro ital.* I 1187). Tuttavia la Cass. Napoli, 6 maggio 1885 (*Gazz. Procuratore* XX pag. 152) ha accolto la massima contraria e più seguita.

o) Cfr. FRANCKE op. cit. § 37. ARNDTS l. c. II pag. 641 seg. Anche il FRANCKE, l. c. pag. 472 ritiene che questa *quarta* non possa esser equiparata alla legittima dei discendenti ma sia un istituto speciale e basato su particolari motivi. Tale distinzione della *quarta divi Pii* dalla legittima ha poi conseguenze pratiche, come vedremo. Qui

II. Gli eredi necessari debbono avere in pari tempo il diritto di eredità *ab intestato* ⁶⁾. Non soltanto ULPIANO ⁷⁾ lo dice espressamente con le parole: *Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non ammittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) ⁸⁾ et casu obtinuerit; non ei prosit victoria, sed his, qui habent: nam intestatum patremfamilias facit.* Ciò è pure insegnato dalla natura della cosa. Invero come potrebbesi pensare senz'assurdo una diseredazione di colui che in difetto di tal circostanza non avesse alcun diritto di successione ereditaria? Come potrebbesi togliere in modo inofficioso qualche cosa a chi nel dato caso niente spetta senza ciò secondo le leggi? In qual modo potrebbe questi lagnarsi di un torto se il testatore ha lasciato ad altri il suo patrimonio? ⁹⁾ ^{p)}.

⁶⁾ Già per questo motivo anche i collaterali in caso che spetti loro la legittima son da ritenere per eredi necessari, se anche la legittima torni a loro vantaggio soltanto *titulo singulari*.

⁷⁾ L. 6 § 1 D. *de inoff. testam.*

⁸⁾ Il *nemo enim eum repellit* può riferirsi all'erede testamentario quando questi non si serve della eccezione che l'attore non è il più prossimo erede intestato e quindi l'eredità non gli spetterebbe anche se il testamento fosse annullato. Egli non oppone a lui questa eccezione, perchè forse non sapeva che l'attore era preceduto da un più prossimo erede intestato. Così spiegano questo passo POTHIER, *Pandect. Justinian.*, tomo I h. tit. num. XXXIV nota *d* pag. 194, e NOODT in *Comment. in Dig. h. t.* pag. 164. Oppure si può dire altrettanto se il più prossimo parente non fosse presente per contraddire *interveniendo* e far valere la sua precedenza rimpetto all'attore, come lo intende WESTPHAL nella *Theorie des Röm. Rechts von Testamenten*, § 1014, o si può riferire anche al giudice, poichè non ha respinto l'attore, come fa SEGER in *Observat. iur. civ.* (Lipsiae 1768), obs. II pag. 17. Che tuttavia le parole *nemo enim eum repellit* debbano essere spurie, non lo afferma neppure ANT. FABER in *Rational. ad h. L.*, il quale pure rintraccia così volentieri i glossemi e gli emblemi: a prescindere che la maggior parte dei giureconsulti pare sia d'accordo su ciò, come afferma FUNK in *Comment. de nexu inter succession. ab int. et querelam inoff. testam.*, pag. 23 nota *a*. Vedi sotto nota 18.

⁹⁾ Qui si confronti principalmente *Arn. HEISE, Diss. cit.*, sect. 1 § 9 seg.

si possono indicare quelle che si riferiscono all'azione per chiedere la *quarta* e che la differenziano molto dalla *querela inoff. test.* Quella è un'azione personale nascente dalla costituzione di ANTONINO: appena l'arrogato ha sopravvissuto al padre adottivo è fondata e passa senz'altro agli eredi, non potendo appunto esser equiparata nè alla *querela*, nè alla *heredit. petitio*. La prescrizione cui quella è soggetta è la trentennale (FRANCKE l. c. pag. 480).

^{p)} Questo punto, già accennato sopra, è fondamentale nella nostra dottrina e il

III. Il diritto di essere necessariamente istituito erede non si estende oltre i figli, i genitori, i fratelli e le sorelle del testatore sotto le condizioni già sopra più precisamente accennate. Perciò non soltanto dice ULPIANO¹⁰⁾: *Cognati proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent*, ma vengono pure espressamente esclusi i figli dei fratelli e delle sorelle. In una costituzione degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSI-

¹⁰⁾ L. 1 D. h. t. — *Ant. FABER* in *Rational.* non vuol trovare qui altro che tribonianismi. Con lui concorda anche WESTPHAL nel citato libro § 386. Ma si veda *Corn. van BYNCKERSHOEK, Observat. iur. Rom.* lib. V cap. 5, e *Ant. AUGUSTINUS*, lib. II *Emendation.* cap. 2. Confronta anche i miei *Opuscula iurid.*, fasc. III pag. 19 seg.

GLÜCK vi torna poi anche in seguito quando stabilisce che niuno può promuovere efficacemente la querela se non sia in pari tempo il più prossimo erede già al momento della morte del relinquirente o non lo sia divenuto poi per giusti motivi. Cfr. nello stesso senso WINDSCHEID, *Pand.* III § 579. Vedi pure estesamente sull'argomento, e come aggiunta a questo punto del commentario, MÜHLENBRUCH, *Continuaz. del GLÜCK XXXV* pag. 140 seg. (Ediz. ital. libro XXVIII tit. 2 § 1421 a) Però è noto qui che egli pone le seguenti regole: 1.^a Senza diritto di successione intestata non si può avere diritto alla legittima; 2.^a non basta che si appartenga alla classe degli eredi *ab intestato* e dei legittimari per potersi querelare di inofficosa esclusione; è d'uopo anche non essere esclusi dalla successione legittima dai più prossimi; 3.^a il diritto alla legittima è indipendente dal motivo speciale per cui taluno è chiamato a succedere (sia il diritto civile, sia il pretorio).

Questo concetto delle relazioni fra la successione intestata e la legittima si può ravvisare anche nel diritto intermedio, ma è d'uopo non prendere equivoco. Così nel diritto consuetudinario francese per la confusione tra la riserva consuetudinaria e la legittima romana (vedi sotto § 544 nota a) nella massima che chi reclama la legittima è erede non è da scorgere il principio romano, quanto piuttosto l'altro germanico, che il legittimario o riservatario è già proprietario e possessore dell'eredità, nè può esser privato della qualità di erede in base al condominio familiare. Cfr. LAURENT, *Princip. de dr. civ.* XII n. 10; ARNDTS, *Cours de droit civ. franc.* I n. 1761. D'onde avviene che DOMAT, *Lois civ.* livr. III tit. III sect. 1 num. 1, definendo la legittima « una porzione di eredità che le leggi assegnano a quelle persone che non si possono privare della qualità d'erede » è piuttosto ispirato dal diritto consuetudinario francese che dal romano.

Nel diritto italiano non vi è dubbio che la legittima e la successione intestata sono in stretto rapporto fra loro: la legittima è un diritto di successione intestata in causa testamentaria, è una quota di successione intestata o, come dice altri, un'eredità legittima circoscritta entro più angusti confini.

Si richiede perciò che il legittimario abbia la capacità di succedere *ab intestato*. Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Success.* IV pag. 10 seg. e n. 21; BOSSARI, *Comm. al Cod. civ.* III § 1727; LOSANNA, *Suoc. testam.* pagine 165 e 169.

MIANO ¹¹⁾ dicesi: *Fratriſ vel ſororiſ filiuſ, patruſ vel avunculuſ, amicitiae etiam et materteraſ teſtamentum inofficioſum fruſtra dicunt: cum nemo eorum, qui ex tranſverſa linea veniunt, exceptiſ fratre et ſorore, ad inofficioſi querelam admittatur.*

Ma domandasi se le massime sin qui esposte non siano state modificate dalla Novella 118 [Zach. 143]? Invero con questa Novella l'imperatore ha introdotto una nuova successione ereditaria fra i parenti (*cognati*).

Secondo questa succedono, per esempio, in pari grado fratelli e sorelle bilaterali del defunto cogli ascendenti di lui ¹²⁾. Non debbono avere perciò fratelli e sorelle bilaterali un diritto eguale a quello dei genitori riguardo alla legittima e all'azione di inofficiosità? VINNIUS ¹³⁾, BÖHMNER ¹⁴⁾, REUTER ¹⁵⁾, WESTPHAL ¹⁶⁾ e di recente il signor *Eduardo SOHRADER* nella sua premiata dissertazione ¹⁷⁾ e *Christ. Frid. Bernh. FUNK* ¹⁸⁾ non hanno scrupolo alcuno di affermarlo, semprechè, per quanto riguarda i fratelli e le sorelle, sia stata istituita una persona infame..

Secondo la Novella 118 cap. 3, i figli dei defunti fratelli e sorelle del relinquirente hanno inoltre il diritto di rappresentazione, per mezzo del quale ereditano *ab intestato* insieme ai fratelli e alle sorelle del defunto e ricevono quella parte di eredità che sarebbe spettata ai loro genitori, se tuttora vivessero ¹⁹⁾. I figli dei fratelli e delle sorelle non debbono avere riguardo alla legittima, lo stesso di-

11) L. 21 C. h. t. Si veda pure la Novella 1, *Praefat.*, § 2.

12) Vedi la mia *Syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge*, §§ 115 e 120.

13) *Comment. ad § 1 I. de inoff. testam.*, num. 4.

14) *Diss. de querela inofficioſi fratrum consanguineorum* (Halae 1721, rec. 1739), § 25.

15) *Diss. de effectu querelae inoffic. teſtamenti iuxta ordinem edicti ſucceſſorii inſtitutae intuitu non querentis*, Halae 1749, § 14.

16) *Theorie des Römischen Rechts von Testamenten*, § 390 a pag. 275.

17) *Comment. de nexu ſucceſſionis ab inſteſtato et querelae inofficioſi teſtamenti.*, Goettingae 1802, 4 § 77 pag. 44.

18) *Commentat. in controverſiam iuriſ civ. de nexu inter ſucceſſionem ab inſteſtato et querelam inofficioſi teſtamenti: an quidem et quatenus ab illa ad hanc argumentum duci poſſit?* Goettingae 1802, 4 § 23 num. 2 pag. 24.

19) La mia *Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge*, §§ 24 e 116.

ritto dai collaterali del testatore? *Everardo OTTONE*²⁰⁾ e *WESTPHAL*²¹⁾ lo affermano effettivamente.

Parimente secondo la Novella 118 cap. 3, i figli di fratelli e sorelle bilaterali hanno precedenza, nella successione intestata, rimpetto ai fratelli e alle sorelle unilaterali²²⁾. Non dovrà esistere a loro favore questa precedenza a cagione della *duplicitas vinculi* anche riguardo al diritto alla legittima se il testatore abbia istituito erede una persona indegna? Oltre a *Iust. Henning BÖHMER*²³⁾, è di questa opinione anche *Petrus de TOULLIEU*²⁴⁾.

Infine, secondo la Novella 118 cap. 4, deve essere abolita ogni differenza fra agnati e cognati riguardo alla successione intestata. Quindi i fratelli e sorelle unilaterali della linea materna hanno coi fratelli e le sorelle unilaterali per parte di padre un egual diritto di successione intestata. Non dovranno avere un egual diritto alla legittima? *OTTO*²⁵⁾, *BÖHMER*²⁶⁾, *REUTER*²⁷⁾, *HUBER*²⁸⁾, *WESTENBERG*²⁹⁾, *FL-*

²⁰⁾ *Commentar. ad § 1 I. de inoff. testam.*, num. 4 p. 297 (edit. *HARPPRECHT*).

²¹⁾ *Theorie des Röm. Rechts von Testamenten*, § 384 pag. 171 seg.

²²⁾ *La mia Erörterung*, § 123.

²³⁾ *Diss. cit.* § 25 num. III, dove si dice: « *Si fratrum germanorum liberi a una cum consanguineo defuncti fratre exclusi sunt a testatore, soli fratrum germanorum liberi ad querelam admittuntur, quia paria cum germanis iura in a successione acceperunt, et praeterea consanguineis praeferruntur* ».

²⁴⁾ *Collectan. iuris civ. edit. a Jo. WOLBERS* (Groningae 1734, 4), pag. 237, dove si dice: « *Etenim videtur JUSTINIANUS id unum in conspectu habuisse, ut a successionem ex ipsa tantum pii testatoris praesumpta voluntate, adeoque ex solo a naturalis pietatis officio diserneret. Cum igitur fratrum germanorum filios pro a priis Thuis uterinis consanguineisve anteferet, manifestum est, ipsum existi a masse, pleniori officio pietatis defunctum erga ipsos teneri, quam erga fratres a ab uno tantum latere sibi iunctos: adeoque magis inofficiosum esse testamentum, a in quo illi, quam in quo hi exheredati vel praeteriti essent. His vero querelam a dari, neminem esse puto, qui negaverit: igitur et illis eam quoque accomodari a posse, omnino dicendum videtur. Aggiunge tuttavia tosto: *Hanc de filiis fratrum ad querelae et legitimae ius admittendis coniecturam non nisi haesitantur a et suspensa manu Lectori proponimus* ».*

²⁵⁾ *Comm. ad Institut. h. t.* § 1 nota 4 pag. 297.

²⁶⁾ *Diss. de querela inoff. fratrum cons.* § 27.

²⁷⁾ *Diss. de effectu querelae inoff. test.* § 15.

²⁸⁾ *Praelect. ad Institut. lib. II tit. 18 num. 4.*

²⁹⁾ *De portione legitima, liberis parentibus et fratribus relinquenda*, *Diss. II cap. IV § 6.*

NESTRES³⁰), WERTPHAL³¹), SEGER³²), *Joh. Vincentius TRUMMER*³³) e parecchi giureconsulti lo credono. Se ciò dovesse essere secondo la L. 27 C. *de inoff. testam.* [3 28] dovrebbe pure ammettere che a fratelli e sorelle unilaterali per parte di padre spettasse la legittima insieme ai bilaterali; poichè quella legge presuppone ciò. Come ciò sarebbe però sconvenevole non essendo essi fra loro eredi legittimi! Neppure si potrebbero escludere i *fratres uterini*, i quali erano stati esclusi dalla L. 27 semplicemente perchè non erano agnati e quindi non ereditavano *ab intestato*. Così argomenta anche il nostro autore nella nota *d*.

Tutto dipende da ciò se si possa trarre una valida conclusione dalla successione intestata al diritto alla legittima e alla querela di inofficiosità, spettante nel caso che quella sia stata tolta ingiustamente. Ciò sostengono tutti coloro, i quali decidono affermativamente le questioni sopra proposte. Ma quanto poco sia sicura quella induzione, non solo è stato dimostrato fondamentalmente da VOET³⁴), ROTGERSIUS³⁵), PUTTMANN³⁶) e HAUBOLD³⁷), ma è pur facilmente intelligibile per la storica considerazione della origine, dei motivi e delle evoluzioni dei due diritti perchè fra eredità intestata e necessaria non avesse luogo una completa armonia³⁸). Quasi già in principio, ancor più in seguito, la querela per i testamenti inofficiosi era fondata piuttosto sul diritto di cognazione che di agnazione. Non si aveva riguardo in essa all'ordine delle persone, le quali succede-

³⁰) *Praelect. ad tit. Dig. de inoff. testam. cap. V § 17.*

³¹) *Theorie des Röm. Rechts von Testamenten § 382 pag. 270.*

³²) *Observationes iuris civ. Lips. 1768, num. II.*

³³) *Diss. de querela inoffic. testam. fratribus uterinis haud deneganda (Erlangae 1783).*

³⁴) *Commentar. ad Pandect. h. t. § 11.*

³⁵) *Apodicticae demonstration. ad illustr. ius Rom. (Lugd. Batav. 1727, 4) cap. IV §§ 5-9 pag. 160 seg.*

³⁶) *Diss. de querela inofficiosi testam., fratribus uterinis haud concedenda (Lipsiae 1761) cap. II § 7 e cap. IV § 1. — EIUDEM, Vindiciae huius Dissertationis Ibid. 1785.*

³⁷) *Diss. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum Lipsiae 1784, cap. VI pag. 27.*

³⁸) Si confronti qui specialmente Arn. HEISE, *Diss. de successoribus necessariis sect. I §§ 12-15.*

vano secondo le leggi civili per diritto di agnazione e di famiglia; si poneva mente piuttosto all'ingiuria arrecata all'escluso da un testamento inofficioso ³⁹⁾). Perciò quanto più da vicino questa ingiuria feriva l'escluso, tanto più prossimo era il suo diritto alla querela. Ecco il motivo pel quale i genitori precedevano i fratelli nella querela e a questi non spettava che un ipotetico diritto di successione necessaria. Perciò pure i cognati, che tuttavia non erano eredi civili, potevano agire al pari degli agnati ⁴⁰⁾). Nulladimeno per tutti era odiosa la querela dei testamenti inofficiosi. Confrontando le leggi del *Cod. de inofficioso testamento* [3 28] con quelle del titolo *de legitimis heredibus* [6 28], si vede chiaramente che GIUSTINIANO da un lato si dette cura di restringere la querela tanto quanto dall'altro si trovò condotto ad ampliare la successione intestata. Già per ciò non è verosimile che GIUSTINIANO abbia tacitamente modificato tante espresse leggi determinanti il diritto della legittima e delle persone cui in caso d'inofficiosa esclusione spetta la querela, con la Novella 118, la quale regola soltanto la successione intestata e non ricorda con alcuna parola l'azione d'inofficiosità. Potevasi egli dimenticare della querela se avesse creduto che il suo ordine si regolasse secondo l'ordine della successione intestata? O sarebbe in tal guisa GIUSTINIANO rimasto in silenzio, mentre pel resto, secondo il suo cognito modo di pensare, difficilmente modificò qualche cosa dell'antico diritto senza farne speciale menzione ed encomiare la novità? ⁴¹⁾).

Da queste premesse rilevasi

1. quanto poco si sia autorizzati alla conclusione che eguaglianza di diritto nella successione intestata costituisca eguaglianza di diritto riguardo alla successione necessaria ⁴²⁾ 7). Pertanto

³⁹⁾ L. 2. L. 8 pr. D. h. t.

⁴⁰⁾ L. 5 pr. L. 6 pr. h. t. Vedi la *Bibliothek kleiner jurist. Schriften. herausgegeben von HÜBNER und TITTMANN*, III pag. 586.

⁴¹⁾ Ho esposto pienamente i motivi nei miei *Opuscula iurid.* fasc. III pagina 47 seg.

⁴²⁾ HEISE, Diss. cit. sect. I § 11.

7) Cfr. nello stesso senso FRANCKE, op. cit. pagine 175-177. Il diritto alla legittima è un nuovo e speciale diritto, che è concesso soltanto ad alcuni eredi *ab intestato* par-

a) Secondo la Novella 118 cap. 4, non si può negare al figlio pienamente adottato il diritto di successione intestata rimpetto al suo padre naturale, ma non gli spetta perciò un diritto alla querela ⁴³⁾. Invece un figlio non pienamente adottato è soltanto erede legittimo del suo padre adottivo, non suo erede necessario ⁴⁴⁾ r). Parimente un impubere arrogato è erede legittimo, senza querela, del suo padre civile ⁴⁵⁾.

⁴³⁾ SCHRADER, *Commentar. de nexu success. ab int. et querelae inoff. testam.* § 30.

⁴⁴⁾ L. 10 § 1 C. de adopt. [8 47]. Vedi Franc. RAGUELLI, *Commentar. ad Constitut. et Decisiones Justiniani* lib. VIII pag. 712. Veramente SCHRADER, *Comment.* cit. § 33, vuole sostenere che il figlio adottivo di una donna abbia la querela contro il suo testamento. Ma dalla L. 5 C. de adopt., cui si richiama, ciò non si può vedere. E sarebbe pure più che inconsequente che l'adozione compiuta da una donna fosse e si rendesse più efficace che l'ordinaria. Vedi Ger. NOODT, *Commentar. ad Dig. h. t.* pag. 159.

⁴⁵⁾ Bern. SCHOTANI, *Examen iuridic. sec. seriem Digestorum* (Amstelod. 1646), h. t. pag. 266, e HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1693 pag. 860.

tiolarmente favoriti. Vedi pure MÜHLENBRUCH l. o. pag. 145-146, WINDSCHEID § 579 nota 8. In genere la seguente dettagliata trattazione del GLÜCK in questo argomento è pregevole e vi si rannoda strettamente la posteriore letteratura.

r) Cfr. WINDSCHEID, § 579 nota 6, il quale ammette che l'adozione fatta da una donna produce tra essa e l'adottato uno scambievole diritto alla legittima. Dello stesso avviso sono FRANCKE, op. cit. pag. pagine 185-187, MÜHLENBRUCH, l. o. pagine 184-189 che tratta estesamente la questione. Qui il GLÜCK, come vedesi dalla nota 44, è d'avviso contrario: nega il valore della L. 5 C. de adopt. [8 48] e gli sembra che sarebbe affatto inconsequente ascrivere all'adozione fatta dalla donna un'efficacia maggiore che a quella ordinaria. Tuttavia in questo stesso volume (pagine 373-376 del testo tedesco) torna sull'argomento, esamina le fonti (L. 29 § 3 D. h. t. L. 5 C. cit.) e conclude che vi sono forti argomenti per ritenere un diritto alla legittima nascente dall'adozione fatta dalla donna.

Si osservi anche che il GLÜCK accetta l'opinione che il figlio pienamente adottato conservi bensì il diritto di successione intestata verso il padre naturale, non però il diritto alla querela. Ciò è controverso anche fra i romanisti oderni. Seguono l'opinione del GLÜCK, il FRANCKE, op. cit. pag. 182 seg.; l'ARNDTS, *Civ. Schrift.* II pag. 602; il SINTENIS, *Das gem. pract. Recht.* III § 139 nota 55; VANGEROW, *Pand.* II § 474 nota a num. 1 (FRANCKE, l. o. e VANGEROW, l. o. num. 26, credono tuttavia che il padre naturale conservi il diritto alla legittima verso il figlio adottato). Ammettono invece il diritto scambievole alla legittima nella famiglia naturale anche quando l'adozione è piena, il MÜHLENBRUCH, l. o. pag. 179 seg., ed il WINDSCHEID, § 579 ed ivi nota 7. A tale conclusione si viene logicamente esaminando la Novella 118 in relazione alla L. 10 pr. C. de adopt. Secondo il nostro Codice il figlio adottato conserva tutti i diritti nella famiglia naturale (art. 212) ed ha diritto alla legittima rimpetto al padre adottivo (art. 806).

b) Sebbene i fratelli (e le sorelle) bilaterali abbiano in un cogli ascendenti uno stesso diritto di successione intestata nella seconda classe, son tuttavia soltanto eredi necessari di terzo grado. Pertanto i fratelli e i genitori non possono mai promuovere insieme la querela. Che poi i fratelli e le sorelle seguano i genitori nella querela, se anche non lo dicessero chiare parole di una legge, non sarebbe da porre in dubbio, spettando a quelli soltanto un diritto ipotetico alla querela ⁴⁶⁾. Se qui si volesse far valere la conclusione tratta dalla successione intestata, una volta supposta la eguaglianza, dovrebbe essere indifferente che fosse istituita una persona infame o no. Ma non è dimostrabile su ciò alcun cambiamento. Il maggior numero dei giureconsulti è dalla mia parte. Così VOET ⁴⁷⁾, LAUTERBACH ⁴⁸⁾, Georg. Caspar DEAHNA ⁴⁹⁾, ROTGERSIUS ⁵⁰⁾, HÖFACKER ⁵¹⁾, Ludw. Gottfr. MADHIN ⁵²⁾ e HOEPPNER ⁵³⁾ ¹⁾.

⁴⁶⁾ *Bibliothek kleiner jurist. Schriften von HÜBNER und TITTMANN*, vol. III pag. 574 nota *).

⁴⁷⁾ *Commentar. ad Dig. h. t. § 11.*

⁴⁸⁾ *Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. § 20.*

⁴⁹⁾ *Disp. de querela inofficiosi testamenti fratrum in specie* (Altdorffii 1697) cap. III § 2.

⁵⁰⁾ *Apodict. demonstration. ad illustr. ius. Rom.* vol. I lib. I cap. 4 § 6.

⁵¹⁾ *Princip. iur. civ.* tom. II § 1693 nota h pag. 861 e § 1697 nota a pag. 867.

⁵²⁾ *Princip. iuris Romani de successioneibus* § 142.

⁵³⁾ *Commentar. über die Heinecc. Institutionen* § 473 nota 2 pag. 513 dell'ultima edizione.

¹⁾ Tuttavia questa opinione (ribadita dall'Autore a pagine 377 di questo volume) ha trovato un'avversione nello stesso continuatore del GLÜCK, in MÜHLENBRUCH, l. c. pag. 233 seg. (Ediz. ital. libro XXVIII tit. 2 § 1421 α), e già era stata contraddetta dall'autorevole trattatista di questa materia, il FRANCKE, op. cit. pag. 203 seg. Prevale oggi l'opinione contraria che i collaterali bilaterali concorrano alla querela insieme agli ascendenti, supposto ben inteso che per quelli si sia verificata la condizione sotto la quale hanno diritto alla legittima. I motivi degli oppositori di questa opinione (il GLÜCK crede così certa la sua che non li adduce) sono infondati. In vero non si può neppure affermare che nel diritto pregiustiniano fossero preferiti per la successione intestata gli ascendenti ai collaterali: ad ogni modo ereditano nel nuovo diritto insieme *ad intestato*. Quando pertanto si appartiene alla classe dei legittimari, si sono verificate le condizioni da cui la legge fa dipendere il diritto alla legittima e non si è esclusi da alcun più prossimo nella successione intestata, vi sono tutti i requisiti per ammettere in concreto il diritto alla legittima. È un equivoco

c) Anche ai figli di fratelli e sorelle non spetta legittima alcuna, sebbene GIUSTINIANO abbia accordato loro un diritto di successione intestata eguale a quello di questi collaterali del defunto; invero chiare leggi ⁵⁴⁾ li escludono dalla querela di inofficiosità. Una modificazione di queste leggi non è dimostrabile, e senza urgente bisogno non è lecito fare supposizioni nella legislazione giustiniana ⁵⁵⁾. Il diritto di rappresentazione concesso da GIUSTINIANO ai figli di fratelli e sorelle nella successione intestata, è da considerare come speciale privilegio. GIUSTINIANO lo dice espressamente nella Novella 118 cap. 3: *Huiusmodi privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrurn masculorum et feminarum filiis aut filiabus: ut in suorum parentum iura succedant*. Questo diritto dei figli di fratelli e sorelle non si può quindi estendere alla querela perchè i privilegi secondo la loro natura non ammettono interpretazione estensiva. Se dovesse valere la conclusione tratta dalla successione intestata, i figli di fratelli e sorelle bilaterali anche quando il diritto di rappresentazione vien meno dovrebbero potere accampare *ob ius ordinis* un'eguale pretesa alla legittima, perchè essi *ob aequalem vinculi duplicitatem* appartengono ad una stessa classe insieme coi fratelli e le sorelle bilaterali del defunto. A tal punto giunge infatti *Iust. Henn. BÖHMER* nella sua conseguenza. Ma *WESTPHAL* medesimo non stima di seguirlo qui e crede che in ciò si rimanesse all'antico diritto, quando

⁵⁴⁾ § 1 in fin. I. h. t.; L. 1 D. h. t.; L. 21 C. eodem, Nov. 1 in Praefat., § 2 in fine.

⁵⁵⁾ La osservazione che GIUSTINIANO raramente si dà cura di introdurre una novità senza grande apparato ed un modesto elogio di sè stesso: osservazione che anche già il VINNIUS in *Select. iuris Quaestion.*, L. II c. 20 e 21 e il WIELING in *Lectio. iuris civ.*, lib. II cap. 31 pag. 254 ed altri pure han fatto, è generalmente della più grande importanza per la interpretazione delle costituzioni di questo imperatore. Vedi THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts*, § 9 pag. 46.

poi il credere che le classi dei legittimari sieno fissate una volta per sempre con quest'ordine che prima vengono i discendenti poi gli ascendenti e, in mancanza di questi, i collaterali. Nè può essere invocata dagli avversari la L. 14 D. *de inof. test.*, poichè non vi si parla di una collisione fra il diritto dei collaterali e quello del padre, nè se ne può trarre la induzione che ai collaterali son preferiti i genitori nella querela.

accanto ai figli di fratelli e sorelle non esistano simili collaterali del defunto cessando qui il diritto di rappresentazione ⁵⁶⁾. Come diventa qui incerto il diritto quando ci si allontana dalla legge! Se, come la legge espressamente prescrive, si nega affatto il diritto alla querela ai figli di collaterali, sia chi vuolsi istituito erede, si va senza dubbio per la via più sicura e si ha in favore l'autorità di un VOET ⁵⁷⁾, LAUTERBACH ⁵⁸⁾, HOFACKER ⁵⁹⁾, MADHIN ⁶⁰⁾ e HÖPFNER ⁶¹⁾ ^{t)}. Finalmente

d) Secondo quelle premesse non è neppure soggetto di fondato dubbio che i fratelli e le sorelle unilaterali per parte di madre abbiano ricevuto, secondo la Novella 118, alcun diritto alla legittima, se anche per questa legge succedono ad uno stesso modo coi *consanguinei*, nè ha alcuna influenza sulla querela che GIUSTINIANO nella Novella 118 cap. 4 abbia abolito la distinzione fra agnati e cognati riguardo alla successione intestata. Dicesi veramente ivi: *Nullam vero differentiam esse volumus in quacunque successione vel hereditate, inter masculos et foeminas ad hereditatem vocatos, qui ut ex aequo ad hereditatem vocentur, definivimus, sive per masculum, sive per foeminam defuncto coniungantur: sed in omnibus successioneibus agnatorum cognatorumque differentiam cessare volumus*. Queste parole condussero persino il grande HUBER ad abbandonare la sua più giusta opinione seguita fino ad allora e ad unirsi a coloro, i quali vogliono dedurne una equiparazione degli *uterini* e dei *consanguinei* anche riguardo al diritto ereditario necessario. Ma si possono leggere semplicemente le seguenti parole: *omnesque sine eiusmodi differentia secundum cognatio-*

⁵⁶⁾ Questi miei argomenti trovansi anche nel *Versuch einer theor. pract. Abhandlung über die Lehre des röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten* (Erlangen 1798, 8) del signor STEIN, già mio diligente scolare, al § 31 pag. 121 seg.

⁵⁷⁾ *Commentar. ad Dig. h. t.* § 11.

⁵⁸⁾ *Colleg. th. pr. Pandect h. t.* § 21.

⁵⁹⁾ *Princip. iur. civ. B. G.* tom. II § 1693 nota k pag. 862.

⁶⁰⁾ *Princip. iur. Rom. de successioneibus* § 142.

⁶¹⁾ *Commentar. über die Heinecc. Institutionen* § 473 nota 2 pag. 513.

^{t)} A cui aggiungasi FRANCKE, l. c. pag. 193, MÜHLENBRUCH, l. c. pag. 231, WINDSCHEID, § 579 nota 2. In genere i romanisti accolgono prevalentemente questa opinione.

nis suae gradum cognatorum ab intestato successionem venire iubemus. E ci si persuaderà che qui trattasi semplicemente della successione ereditaria intestata. Le parole della prefazione lo pongono del tutto fuori di dubbio, dove GIUSTINIANO dice: *Cum multas et diversas leges antiquis temporibus promulgatas inveniamus, per quas differentia successionis ab intestato inter agnatos et cognatos non iuste introducta est; necessarium duximus, hac lege omnes simul successiones cognationis ab intestato clara et compendiosa distinctione definire, ut cessantibus prioribus legibus, quae hac de causa latae sunt, in posterum ea solum servantur, quae nunc definimus.* Con ciò è chiaro quanto poco possa quivi la conclusione per la successione intestata esser valida pel diritto alla querela. Già molto tempo innanzi alla Novella 118 (essa è dell'anno 543) ⁶²⁾ GIUSTINIANO, nell'anno 534 aveva fatto una costituzione (L. 15 § 2 C. *de legitim. heredit.* [6 58]), in base alla quale i *fratres uterini* dovevano ereditare *ab intestato* nella stessa guisa che i *consanguinei*. Le parole precise sono queste: *Sed nec fratrem et sororem uterinos concedimus in cognationis loco relinquere, cum enim tam proximo gradu sunt, merito eos sine ulla differentia, tanquam si consanguinei fuerant, cum legitimis fratribus atque sororibus vocandos esse sancimus.* Malgrado ciò egli accolse nel suo Codice la L. 27 h. t., nella quale i *fratres uterini* vengono esclusi dalla querela. Si oppone invero che GIUSTINIANO avesse già accolto nel suo Codice la L. 27 prima che quella L. 15 fosse promulgata e che avesse poi dimenticato di cancellarla quando nell'anno 534 pose la L. 15 nel nuovo Codice. Ma questa ipotesi affatto indimostrata poggia sopra il presupposto intieramente erroneo che i fratelli e le sorelle unilaterali per parte di madre fossero stati esclusi dalla querela unicamente perchè sono cognati. Invero, che il diritto di agnazione non abbia alcuna influenza sulla querela appare così chiaramente dalla L. 27 C. h. t. che davvero ci si deve maravigliare come siasi potuto trascurare un così lucido argomento che qui decide tutto. Già precedentemente fu dimostrato che la L. 27 è in varia guisa interpolata. È formata infatti con due diverse costituzioni dell'imperatore COSTANTINO, cioè la L. 1 e 3 *Cod. Theod. de inofficioso testam.* Nella L. 1 *C. Theod.* riguardo

⁶²⁾ La mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 90.

alla azione di inofficiosità dei fratelli e delle sorelle vien posta tuttora la condizione necessaria che il diritto di agnazione dei medesimi, come fondamento dell'antica successione legittima, non deve essere stato abolito da alcuna emancipazione. Quindi COSTANTINO dice espressamente nella citata legge: *germanis tantummodo fratribus, agnatione durante, petitionis aditus referetur*. A ciò aggiunge TRIBONIANO nella L. 27 C. h. t. *durante agnatione vel non*, palesemente non per altro che per far conoscere così che ormai nella querela dei collaterali non si doveva aver più alcun diritto di agnazione. Siccome, malgrado ciò, i *fratres uterini* nella L. 27 sono esclusi dalla querela, è questa la più chiara prova che essi non dovevano più essere esclusi dalla medesima per la ragione che non sono agnati e per conseguenza che la abolizione della distinzione fra agnati e cognati, se anche fosse stata fatta soltanto con la Novella 118 cap. 4, non potrebbe avere influenza alcuna sulla querela dei fratelli e delle sorelle⁶³). Quindi anche la pratica nega a buon diritto la querela ai collaterali unilaterali per parte di madre⁶⁴) u).

Quanto poco pertanto si può supporre che coloro, i quali secondo la Novella 118 hanno un pari diritto di successione intestata, sieno stati equiparati nel diritto ereditario necessario, altrettanto è esatta

2) la conseguenza che coloro i quali non ereditano *ab intestato* non hanno pure alcun diritto alla legittima e che conseguentemente sono esclusi anche dalla querela. Niuno infatti può promuovere la que-

⁶³) Anche STEIN nel citato *Versuch über die Lehre des röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten*, § 30, ha adoperato questo argomento, togliendolo dalle mie lezioni. Oltre PÜTTMANN nella Dissertazione citata sopra, si può confrontare Herm. LORENZ, *Diss. utrum Nov. CXVIII cap. 4. L. 27 Cod. de inoff. testam. obroget. fratribusque uterinis, turpi herede scripto, legitima relinquenda sit nec no?* (Goett. 1784), e WALCH, *Introd. in controversias iuris civ.* pag. 363 nota *) e pag. 370 seg.

⁶⁴) LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand. h. t.* § 21. — BERGER, *Oeconom. iuris* lib. II tit. IV thes. 17 nota 2. — STRUV, *Synt. iur. civ. exercit. X* thes. 18, e MÜLLER *ad Eundem* loc. cit. nota 7. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1693 pag. 860.

u) Cfr. nello stesso senso e con argomentazioni simili a quelle del GLÜCK, che sono esattissime, FRANCKE, *op. cit.* pag. 192 seg.; MÜHLENBRUCH, *l. c.* pag. 231; AENDTS, *Civ. Schriften* II pagine 636-637; WINDSCHIED, § 579 nota 3.

rela al quale non compete la legittima. Essa è una parte della porzione *ab intestato*. Niuno può quindi promuovere efficacemente la querela, che non sia in pari tempo il più prossimo erede legittimo o già al momento della morte del relinquirente o che almeno non lo sia divenuto per rinunzia del più prossimo o mediante diritto di subingresso (*successio*)⁶⁵. Di qui segue:

a) che un ascendente il quale concorre alla successione intestata con un figlio non pienamente adottato del defunto non ha alcun diritto alla querela⁶⁶. Veramente ad un figlio siffatto non compete la querela; tuttavia è preferito al padre nella successione legittima. Ma subentra la successione legittima quando il testamento venga annullato come inofficioso.

b) Quando dei fratelli e sorelle germani concorrono con fratelli e sorelle unilaterali per parte di padre, solo i primi debbonsi riguardare come eredi necessari ove sia stata preferita loro nel testamento una persona turpe. Non avendo i fratelli e le sorelle unilaterali, secondo la Novella 118 cap. 3, alcun diritto di successione intestata quando vi siano gli stessi collaterali germani, non si può in questo caso accordar loro neppure un diritto alla querela⁶⁷. Finalmente

c) quando un fratello per parte di padre (*frater consanguineus*) concorre con figli di fratelli e sorelle germani, il primo non può agire se anche l'erede testamentario fosse una *turpis persona*, poichè secondo la Novella 118 cap. 3 non gli spetta in tal caso alcun diritto di successione intestata. Come dunque può esser fatto un torto a colui che senza testamento niente avrebbe ereditato?⁶⁸.

⁶⁵) Vedi FUNK, *Commentar. de nexu inter successionem ab int. et querelam inoff. testamenti*, §§ 22 e 23, e ROBERTI, *Commentat. de querela inofficiosi testam. P. I. continens historiam querelae inoff. testam. usque ad Constantinum M. Imp.* (Goett. 1802) § 16 seg.

⁶⁶) SCHRADER, *Commentat. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam.* § 75.

⁶⁷) LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.* § 21. — De AHNA, *Diss. de querela inoff. testam. fratrum* cap. II § 9. — De COCCEJI, *iur. civ. contr. h. t.* qu. 15 num. 5.

⁶⁸) Luc. van de POLL, *lib. sing. de exheredatione et praeteritione* cap. LXXX §§ 8-11. — REUTER, *Diss. de effectu querelae inoff. testam.*, § 49. — KOCH,

§ 544.

Scolgimento più particolareggiato della dottrina della legittima.

I. Concetto, ammontare, calcolo di essa ^a).

Dicesi legittima ⁶⁹) (*legittima portio*) quella parte di eredità che secondo il disposto delle leggi deve esser lasciata a certi prossimi parenti del relinquente, tuttavia non oltre il secondo grado della linea collaterale, chiamati perciò eredi necessari, ove non si abbiano legittimi motivi per escluderli.

L'ammontare della medesima dipese in principio dal criterio dei

Diss. Quatenus testator per querelam inoff. testam. reddatur intestatus? Tr. de success. ab. int. adj. num. 1 pag. 221, e SCHRADER, cit. Commentar. §§ 69 e 78. Di altra opinione sono tuttavia Guil. RANCHINUS in Tr. de Success. ab int. cap. XVII § 5. — STRUV, Syntagm. iur. civ. exercit. X thes. 24. — EM-MINGHAUS ad COCCEJI, ius. civ. controv. h. t. qu. XV, nota w.

⁶⁹) *Claud. CHIFLETII, de portionibus legitimis liber sing., insieme ad altri trattati del medesimo (Lugduni 1584, 8), e in Ev. OTTONIS, Thes. iur. Rom. tom. V pag. 722 seg. — Claud. de BATTANDIER, de legitima, parentibus fratribus et filiis debita. Recus. Neustadii 1602. — Casp. MANZII, Tract. de legitima liberorum, parentum, fratrum et sororum, Ingolstadii 1658, 8. — Io. Ortvo. WESTENBERG, Diss. I-IV de portione legitima, liberis parentibus et fratribus relinquenda tom. I, Operum a Io. Ge. JUNGIO editor. (Hanoverae e Luneb. 1746-4). — Chr. Frid. GLÜCK, Diss. de constituenda legitimae portiois parentum quantitate Erlangae 1788 8 (Opuscul. iurid. fasc. III). — Lud. Henr. LILIEN, Specim. iurid. de legitima (Erfordiae 1792), e G. MÖLLER, Lehre vom Pflichttheil (Amberg und Sulzbach 1801, gr. 8).*

a) Aggiungi MÜHLENBRUCH, l. c. §§ 1421 b, 1421 c. Pel nostro diritto e per la stretta affinità tra il Codice civile patrio ed il napoleonico c'interessano grandemente le ricerche fatte rimpetto a questo per vedere come i suoi compilatori abbiano accordato la legittima del diritto romano con la riserva del diritto germanico. Cfr. specialmente KUHLMANN, *De la réserve légale en matière de success.* (Mulhouse 1846). — BROCHER, *Étude histor. et philos. sur la légitime et les réserves en matière de success. hered.* (Paris-Géneve 1868). — BOISSONADE, *Hist. de la réserve et de son influence mor. ed econom.* (Paris 1873). — LAURENT, *Droit. civ. XII n. 6 seg.* Per la storia del diritto italiano PERTILE, IV p. 101; PACIFICI-MAZZONI, *Success. IV n. 6 seg.* e più specialmente pel Codice civile italiano, oltre i trattati generali e i commentatori, BELLONO, *Della porzione legittima secondo il Cod. civ. ital.* (Torino 1870).

giudici centumvirali ⁷⁰⁾). Soltanto in seguito ricevette la sua legale determinazione mediante la *lex Falcidia*, poichè per analogia di questa legge fu dapprima fissata nella quarta parte di ciò che l'erede necessario avrebbe ricevuto *ab intestato* ⁷¹⁾). Deesi spiegare così, perchè talora la legittima è detta nelle leggi ⁷²⁾ *falcidia*. Forse nacque così anche l'appellazione di *portio legitima* ⁷³⁾). Dapprima non si ebbe riguardo al numero delle persone, fossero più o meno; la legittima rimase sempre, come ULPIANO ⁷⁴⁾ dice, *quarta pars debitae ab intestato portionis*.

Per questo ammontare della legittima non era davvero a maravigliarsi che dei figli di un ricco padre cadessero spesso nella mendicizia, poichè se molti erano i figli, naturalmente la quarta parte costituente la legittima doveva ridursi a ben piccole porzioni. Sufficiente motivo questo perchè GIUSTINIANO, il quale, come ei si vanta nella prefazione della Novella 18 [Zach. 42] aveva sempre Dio innanzi agli occhi e perciò specialmente davasi premura col modificare l'antico diritto e introdurne un nuovo più equo di far qualche cosa di buono per rendersi degno della divina provvidenza, si trovasse eccitato ad elevare la quantità della legittima in proporzione del numero delle persone ⁷⁵⁾). Ordinò quindi nella ricordata Novella 18 cap. 1 che

⁷⁰⁾ WESTENBERG, *Diss. I de P. L.*, cap. IV § 9.

⁷¹⁾ Fr. BALDUINUS, *de Lege Falcidia in Iurisprud. Romana et Attica* tom. I pag. 190.

⁷²⁾ L. 31 C. h. t. L. 5 § 3 Cod. *ad L. Jul. maiest.*, Nov. XCII *Praefat.*

⁷³⁾ BALDUINUS, loc. cit.

⁷⁴⁾ L. 8 §§ 6 e 8 D. h. t.

⁷⁵⁾ La Novella 18, nella quale è contenuta questa importante modificazione dell'antico diritto, fu promulgata da GIUSTINIANO nell'anno di Cr. 536. Vedi CONTII, *Chronolog. annor. et Consulorum ac Indiction. Imp. Justiniani ad a. 536 adj. edit. Codicis Justiniani Charondinae* (Antverpiae 1575, f. pag. 493), e ABR. WIELING, *Index Novellar. chronolog.* in *EIUS Iurisprudentia restitut.* pag. 168. — GIUSTINIANO fece compilare questa Novella nelle due lingue, greca e latina, come ei stesso dice nella Nov. 66 cap. 1 § 2; l'esemplare latino fu diretto a SALOMO, il *Praefectus praetorio Africae*. Siccome la Novella latina nella vulgata è diretta a GIOVANNI, *Praefectus praetorio Orientis*, si vede da ciò che non è l'originale, ma semplicemente una versione del testo greco, come in particolare dimostrano anche la data e i molti grecismi che ricorrono nel testo latino. Vedi la mia *Diss. de const. legitimae port. parentum quantitate* § 8 pag. 85 seg.

quando gli eredi fossero in numero di quattro o meno la legittima dovesse ammontare al terzo della eredità, la quale andrebbe a vantaggio degli eredi necessari *ab intestato*; quando fossero cinque o più persone, alla metà dell'eredità stessa. Le parole relative a ciò suonano così secondo HOMBERGK: *Haec nos moverunt, ut legem corrigeremus, nec in perpetuum eam sineremus erubescere* ⁷⁶⁾, *sed tali modo rem determinarem, ut si quis unius vel duorum aut trium vel quatuor liberorum pater aut mater sit, non quadrantem solum ipsis relinquat, sed tertiam bonorum partem hoc est, quatuor uncias, idque mensura sit dicto illi numero definita: sin vero plures quam quatuor habuerit liberos, dimidiam partem totius substantiae suae illis relinquat, ut sex unciae sint omnino, quod debetur, et inter singulos triens forte vel semis aequaliter dividatur: idque non iniusta rerum circumstantia (forte enim hic iniuria quibusdam fieri posset, si hi quidem meliora illi vero deteriora acciperent) sed quod cuique competit, per omnia in quantitate et qualitate aequale sit, sive quis illud per modum institutionis, sive legati, seu quod idem est fideicommissi nomine relinquat. Licet enim ei id, quod reliquum est, bessem scilicet vel semissem habere, et prout voluerit, sive liberis ipsis sive extraneis largiri, et cum naturae prius, quae debet, praestiterit, deinde erga extraneos liberalem esse: atque hoc in omnibus personis, quibus ab initio antiqua quarta querelae de inofficioso constituta est, obtineat* ⁷⁷⁾. Sorgono qui alcune controversie cui questa nuova costituzione di GIUSTINIANO ha dato occasione.

I. L'elevazione della legittima estendesi anche alla quarta antonina spettante ad un impubere arrogato? VINNIUS ⁷⁸⁾, GREVE ⁷⁹⁾ e MALBLANK ⁸⁰⁾ lo credono ritenendo che questa quarta niente altro

⁷⁶⁾ HALOANDER vuol leggere qui nel testo greco ἐπιδρωσικας invece di ἐπυδρωσικα e traduce queste parole così: *ne semper eam cum pudore intueremur*. Ma questa emendazione è del tutto inutile, come già ha mostrato HERALDUS, *Observat. et Emendat.*, cap. 31. — GIUSTINIANO adopera ripetutamente la espressione *lex erubescit*. L. 34 § 1 C. h. t. Nov. 22.

⁷⁷⁾ HALOANDER ha: *Hoc eodem obtinente in omnibus omnino personis, quibus olim quadrantis nomine de inofficioso querela legibus attributa fuit*.

⁷⁸⁾ *Commentar. in Institut. tit. de adopt.*, § 3 num. 3.

⁷⁹⁾ *Exercitationes ad Pandectar. loca difficiliora exerc.* I § 22 pag. 21.

⁸⁰⁾ *Princip. iur. Rom. sec. ordin. Digestor. parte I tit. de adopt.*, § 140 in fine pag. 158.

sia che la legittima del più antico diritto; secondo la loro opinione dovrebbe esser quindi semplicemente una *quarta portionis ab intestato debita*. Ma VOET⁸¹⁾, ANT. MATTAEUS⁸²⁾, JANUS A COSTA⁸³⁾, FRANZ. BROENS⁸⁴⁾, GREGOR. MAIANSIUS⁸⁵⁾, WESTENBERG⁸⁶⁾, ANT. SCHULTING⁸⁷⁾, EVERHARD OTTO⁸⁸⁾, COCCEII⁸⁹⁾ e MADIHN⁹⁰⁾ hanno dimostrato il contrario con sì validi motivi che si può accedere ad essi con piena convinzione. La differenza fra la *Legittima* e la *Quarta D. Pii* salta agli occhi. Infatti l'impubere riguardo a questa quarta non viene affatto considerato quale erede⁹¹⁾; essa dee riguardarsi come se fosse un *aes alienum*⁹²⁾ e perciò non compete querela alcuna all'arrogato⁹³⁾, sìvvero soltanto un'azione personale (*condictio ex constitutione D. Pii*)⁹⁴⁾. Non è quindi in alcun rapporto con la successione intestata, ma è sempre la quarta parte dell'intero patrimonio dell'arrogatore, quando pure, oltre l'arrogato, vi fossero figli caruali⁹⁵⁾. Se l'impubere è

81) *Commentar. ad Dig. tit. de adopt.* § 4.

82) *Commentar. ad Institut. Justin.* (Trajecti ad Rhen. 1672), tit. *de adopt.* § 3 numeri 9 e 10 pag 368.

83) *Comment. ad Justin. Institut.* lib. I cap. XI § 3.

84) *Expositiones in Imp. Justiniani Institution* (Lutet. Parisior. 1622, 4) lib. I tit. XI § 3 num. 5 pag. 105.

85) *Disputation. iuris civ.* tom. I (Lugd. Batavor. 1752-4), *Disp. XII de impuberum adrogatione*, § 24.

86) *Diss. II de portione legitima* cap. II § 18.

87) *Enarrat. partis primae Digestor.* lib. I tit. VII § 10.

88) *Comm. Justin. Institut.*, tit. *de adopt.* § 3.

89) *Ius. civ. contr.* lib. I tit. VII qu. 7.

90) *Diss. de quarta D. Pii. eiusque usu hodierno*, Trajecti cis Viadr. 1776.

91) L. 2 § 1 D. *de fam. ereisc.*

92) L. 8 § 15 in fine D. *de inoff. testam.* L. 22 D. *de adopt.*

93) L. 8 § 5 cit.: « *Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt* (per esempio, l'impubere è stato arrogato da un ascendente) *hunc puto removendum a quereela, cum habeat quartam ex constitutione divi Pii. Quodsi egit, nec obtinuit, an quartam perdat? et puto, aut non admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur (sc. de facto, non quasi iure possit) etsi non obtinuerit, quartam ei, quasi aes alienum, concedendum* ». Si veda su questo passo JOANN. ALTAMIRANI, tract. X ad lib. X *Quaestio. Scaevolae* § 8 in MEERMANNI, *Thes. iuris civ. et canon.* tomo II pag. 503, e POTHIER, *Pandect. Justinian.* h. t. num. XXX tomo I pag. 193.

94) L. 1 § 21 D. *de collat. bonor.* [37, 6].

95) L. 13 D. *Si quid in fraudem patroni* [38, 5] dice espressamente: *Consti-*

stato emancipato senza legittimo motivo, non può, è vero, pretendere la quarta durante la vita dell'arrogatore, ma pur tuttavia ha già acquistato un così fondato diritto ad essa che morendo anche prima del suo padre civile, la trasmette ai suoi eredi ⁹⁶). A questa quarta la Novella 18 è tanto meno applicabile perchè si riferisce soltanto ad eredi necessari *quibus olim quadrantis nomine de inofficioso querela legibus attributa fuit*; il che però non si adatta ad impuberi arrogati ⁹⁷) b).

tutione divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptavit, fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est. Anche tutte le restanti leggi parlano sempre di una *quarta bonorum*, mai di una *quarta portionis ab intestato*. L. 22 § 1 D. *de adopt.* § 3 L. *eodem*. L. 2 Cod. *eodem*. Alcuni di coloro che negano con me che la quarta antonina sia stata aumentata, al pari della legittima, con la Novella 18, affermano nulladimeno che la quarta, nel caso che vi siano figli veri, è soltanto la quarta parte della porzione *ab intestato* come COCCEJI, loc. cit. qu. 6, e WESTENBERG loc. cit. Ma si veggia, oltre VOET, loc. cit. EMMINGHAUS *ad COCCEJI ius civ. contr.* loc. cit. nota i.

⁹⁶) L. 1 § 21 D. *de collat.* [37, 6]: *Si impubere arrogato secundum divi Pii rescriptum quarta debetur, videndum est, an si patris naturalis bonorum possessionem petat, conferre quartam debeat, quaestio in eo est, an heredi suo relinquat quartae actionem, an non? Et magis est, ut ad heredem transferat: quia personalis actio est. Igitur etiam de quarta conferenda cavere eum oportebit, sed hoc ita demum, si iam nata est quartae petitio. Caeterum si adhuc pater adoptivus vivat, qui eum emancipavit: dicendum est, cautionem quoque cessare: praematura est enim spes collationis, cum adhuc vivat is, cuius de bonis quarta debetur.* Intorno a questo passo si confronti specialmente ANT. FABER, *Iurisprud. Papinian. Tit. de adoption.* princ. I illat. 12 pagine 493-502. Egli cerca di mostrare ivi che l'intero periodo ultimo dalle parole *sed hoc ita demum* in poi è un emblema.

⁹⁷) È proprio inconcepibile come il VINNIUS ad § 37 *de adopt.* num. 3 potesse scrivere: *Certe ante divi Pii constitutionem non minus adrogato impuberi, quam caeteris querela competuit. Divus autem PIUS non minuit ius adrogati, sed auxilium ut ei querela tam non sit necessaria sed proprio et meliori iure quartam sibi debitam obtinere possit.* Non ebbe presente che prima dei tempi dell'imperatore ANTONINO PIO gli impuberi non potevano essere arrogati in alcun modo? ULPIANO, *Fragm.* VIII, 4. Così poco comprendo ciò che il signor prof. MALBIANK, loc. cit. pag. 159, dice: *Sensus et verba legis id tantum in-*

b) La questione è stata trattata egregiamente dal FRANCKE, op. cit. § 37. Come già dicemmo sopra (pag. 354 nota o) la differenza sostanziale fra la *legittima* e la *quarta divi Pii* conduce a conseguenze pratiche importantissime, come questa, insegnata anche

II. GIUSTINIANO con la Novella 18 ha elevato la legittima dei genitori e dei collaterali così come quella dei figli? c). A questa domanda

nuns, validam esse impuberis emancipationem aut EXHEREDATIONEM, si IN QUARTA ad minimum INSTITUTUS sūt! Contrario casu non dubitandum, quin ob praeteritionem aut exheredationem iniustam iisdem utatur remediis, quae reliquis liberis competunt. Come si può concordare ciò con la L. 18 § 15 D. h. t. nella quale è negata la querela persino a quell'impubere che, senza che fosse avvenuta l'arrogazione, in caso di diseredazione avrebbe potuto promuovere la querela? Vedi sopra nota 93.

dal GLÜCK e dal FRANCKE, che la quarta non si può in alcun modo considerare innalzata al terzo o alla metà della Novella 18.

Si noti che il GLÜCK, insieme col FABER (da lui pure citato, nota 96) e col CALDERA, *Var. lect.* III, 1 (MEERM., *Theor.* III pag. 625) esprime nuovamente l'opinione già da lui precedentemente accolta (*Comm.* II § 154 n. 4) che l'arrogato ha tal diritto alla quarta antoniniana che anche premorendo all'arrogatore, gli eredi di lui acquistano l'azione per pretenderla. Contro questa opinione è da vedere il FRANCKE, l. c. pag. 478 seg. Invero ogni legittimario deve sopravvivere alla persona obbligata a lasciar la legittima, nè di questa si può parlare rimpetto al patrimonio di un vivente. L'opinione contraria, urta contro la chiarissima parola della L. 1 § 21 D. *de collat.* [37 6] riportata anche dal GLÜCK nella nota 76. Il FABER si aiuta dichiarando che questa legge dalle parole *sed hoc ita demum*, ecc., è interpolata da TRIBONIANO o da qualche indotto interprete. Ma non sembra che ciò si possa sostenere persuasivamente. Cfr. FRANCKE, op. cit. pagine 479-80.

c) La interpretazione delle Novelle per il loro linguaggio sovente impreciso, origina grande disparità di opinioni. Qui si tratta di una interessante ed antica controversia intorno alla interpretazione della Novella 18 cap. 1, di cui distesamente si è occupato il MÜHLENBRUCH, l. c. pag. 238 seg., in aggiunta a ciò che ne dice qui il GLÜCK, tanto più utilmente perchè la disputa fu riaperta anche nella letteratura posteriore ad esso. Le parole della Novella cit. cap. 1, che danno occasione alla disputa, e di cui il GLÜCK riporta la versione secondo la vulgata, sono le seguenti: τούτου κρᾶτύτερος ἐφ' ἀπέντων τῶν προσώπων, ἐφ' ὧν ἐξ ἀρχῆς; ὁ τοῦ πάλαι τετάρτου τῆς; de inofficioso venociditatis λόγοις. Si hanno tre opinioni. La prima e dominante, la riferisce a tutti gli eredi necessari; la seconda soltanto ai discendenti; la terza anche agli ascendenti, ma non ai collaterali.

È interessante risalire anche qui ai bizantini. GIULIANO, *Epitom. Nov. const.* 34 c. 114 scrive: *hoc autem, quod de filiis filibusque dicimus, teneat etiam in omnibus descendantibus, quibus scilicet de inofficioso agere permittum.* Come vedesi, GIULIANO riferisce la Novella a tutti i discendenti, ma soltanto a questi. A questo proposito HEIMBACH, *Zeitschr. f. Civilrecht und Process* XIII pag. 408, osserva che pensando quanto poco la parola *descendantibus* convenga alle parole ἐφ' ἀπέντων τῶν προσώπων si può facilmente supporre che nel testo originale GIULIANO abbia letto: ἐφ' ἀπέντων τῶν κατόντων. Siccome modernamente il MAREZOLL, *Zeitschr.* cit. I pagine 251-252 V pagine 178-195, è tornato a sostenere la opinione insegnata anche da GIULIANO e dà tanta importanza a questo insegnamento di lui (l. c. I pagine 258-262, V pag. 195) è opportuno mostrare come ha fatto egregiamente lo HEIMBACH, l. c., che di questo argomento non si può esagerare il valore essendovi fra i giuristi bizantini, egualmente autorevoli che GIULIANO, alcuni che danno altro valore a quelle parole della Nov. 18.

devesi rispondere affermativamente. È vero che GIUSTINIANO parla espressamente soltanto dei figli, ma dalla conclusione del I capo, che nella Vulgata suona così: *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est*, appare chiaramente che ciò che GIUSTINIANO ha ordinato dell'aumento della legittima deve intendersi di tutti gli eredi necessari e per conseguenza anche dei genitori e collaterali. Gli uni e gli altri avevano già prima, così come i figli, la querela pel caso che fossero stati esclusi in modo inofficioso⁹⁸). Parecchi giureconsulti⁹⁹) hanno tut-

⁹⁸) L. 1 D. h. t.

⁹⁹) VINNIUS in *Comm. ad § 3 I. h. t. num. 2.* — VAUDUS, *var. quaestion. iur. civ.* lib. I cap. 50. — BATTANDIER *de legitima* cap. IV num. 31. — BACHOVIVS *ad Treullerum.* vol. I diss. XIII th. 13.

E prescindendo anche dalla oscurità che poteva presentare un testo legale nelle scuole dei bizantini, si deve ricordare che presso di questi l'interprete poteva e doveva stare aderente alla propria opinione anche se altri non volesse accoglierla e pensasse in modo diverso. Poichè, insegna TALALEO, è proprio dell'interprete il dire ciò che gli sembra, sebbene altri non obbediscano alla sua opinione. Cfr. l'interessante sch. ad *Bas.* VIII. 1, 9 — L. 4 C. II 7 (HEIMB. I pag. 342). Perciò non abbiamo bisogno di dire col CULACIO, *Exp. Novell.* ad Nov. 18 che GIULIANO ha errato.

TRODOBO HERMOPOLITANO dal suo commento alla Nov. 18 ed alla Nov. 1, dove cita l'altra (HEIMB. *Anecd.* I pag. 227 seg. cfr. pag. 224), lascia chiaramente vedere che riferisce invece la Nov. 18 a tutti gli eredi necessari. Questa opinione è pure espressa da uno scoliate al testo greco completo e genuino (πλάτος) dalle *Novelle*; lo scolio è riportato da FABBRO, *Bas.* V pag. 583 sch. D. e da HEIMB. *Zeitschr.* XIII pag. 409. Dalle parole poi di ATANASIO *scolastico* ad tit. 9 const. 2 (HEIMB. *Anecd.* I pag. 98 *Zeitschr.* V pagine 409-10) si vede che egli interpreta la Nov. 18 cap. 1 come relativa anche agli ascendenti, e ci mostra che sin d'allora si ricorreva alla Nov. 89 cap. 12, per interpretare l'altra, ma si trovava già oscuro il linguaggio dell'imperatore nella Nov. 89 cap. 12.

Riguardo ai glossatori, BLUNTSCHLI, *Entwickel. der Erbfolge*, ecc., pag. 171 nota 40 crede che vi sia stata oscillanza di opinioni, ma giustamente MÜHLENBRUCH. l. c. pag. 239 nota 39, dice di non averne trovato testimonianza. È vero che la *Glossa* parla soltanto di ascendenti e discendenti (così anche il BRACHYLOG, lib. II tit. XXIV), non di collaterali; è anche probabile che IRENERIO, per l'*Autè. Novissima C. de inoff. test.*, dove si parla soltanto di figli non possedesse ancora che l'*Epitome* di GIULIANO. Ma noi dobbiamo ricordare che circa al significato della Nov. 18 la *Glossa* insegna: *haec verba sunt generalia, ergo generaliter intelligenda.*

L'opinione accolta dal GLÜCK, dal FRANCKE, op. cit. pagine 207-211, dal MÜHLENBRUCH, l. c., è la migliore e giustamente la più diffusa. I motivi che il MARZOLL adduce per la sua opinione restrittiva, sono stati largamente confutati dal MÜHLENBRUCH, l. c. (a cui rimandiamo), e per ciò che si riferisce ai richiami di quello al diritto greco-romano ne ha distrutto il valore lo HEIMBACH.

tavia voluto spiegare quella clausola come relativa soltanto ai discendenti ed escludono perciò i genitori e i fratelli e le sorelle dal beneficio di questa legge. Altri ¹⁰⁰), al contrario, vogliono limitare questa clausola ai figli e ai genitori; quindi non fanno partecipare i collaterali (perchè ad essi è accordata la querela soltanto per escludere una turpe persona ad essi preferita) a quell'aumento della legittima. Gli uni e gli altri hanno torto. Io in un altro luogo ¹⁾ ho vagliato e confutato i motivi di queste opinioni. GIUSTINIANO stesso in una sua più recente costituzione (Novella 89 [Zach. 111] cap. 12 § 3), nella circostanza che ricorda la legittima dei genitori si riferisce espressamente a quella sua costituzione dicendo: *Si vero habeant hi, quos praediximus, aliquos ASCENDENTIUM, legitimam eis relinquunt partem, QUAM LEGEM ET NOS CONSTITUIMUS*. Sebbene niuna legge così esplicita parli a favore dei collaterali, non vi è per lo meno alcun sufficiente motivo per escluderli dal disposto di quella clausola, poichè GIUSTINIANO anche in altre leggi si dà pari cura di esternare che tutto ciò che ha statuito a favore dei figli vuole sia esteso ai rimanenti eredi necessari ²⁾. Inoltre la querela spettava anzi da principio (*ab initio*) ai collaterali senza restrizione così come ai figli e ai genitori, e GIUSTINIANO non si dimentica neppure dei fratelli e delle sorelle quando in un altro luogo ³⁾ dice che la legittima degli eredi necessari è una *pars certis personis tribuenda tamquam a natura eis debita*. Su ciò concorda la maggior parte sì dei teorici ⁴⁾, sì dei pratici ⁵⁾.

¹⁰⁰) MERLINUS *de legitima* lib. I tit. III qu. 5 num. 3 e VOET, *Comm. ad Pand. h. t.* § 46.

¹⁾ La mia *Diss. de constituenda legitimae port. parentum quantitate* sect. II §§ 15 e 16.

²⁾ Si veda L. 35 § 3 h. t.

³⁾ Novella I *in praefat.* § 2 in fin.

⁴⁾ Ger. NOODT, *Comm. ad Pandect. h. t.* tomo II *Oper.* pag. 173 § *sed apparet*, etc. — Luc. van de POLL, *de exheredatione et praeterit.* cap. LXIV § 8 seg. — Jo. Ortov. WESTENBERG, *Dissert. III de portione legitima* cap. III § 12 seg. — FRANTZKIUS in *Comm. ad Pand. h. t.* numeri 32 e 33 — de COCCEJI, *iur. civ. controuv.* h. t. quaest. 23. — WALCH, *Introd. in controuv. iur. civ.* pag. 189 § 3.

⁵⁾ Pet. GUEDELINUS in *Comm. de iure novissimo* lib. II e 7. — Conr. RITTERSCHUSIUS in *Exposit. Novell.* parte VI cap. 4 num. 10. — CARPZOV, *Jurispr.*

III. In virtù della Novella 18 cap. 1 la legittima è stata elevata ad un terzo o alla metà dell'intera eredità ovvero è soltanto, come per lo innanzi, una quota di quella porzione che sarebbe spettata *ab intestato* ai figli, ai genitori, ai fratelli, alle sorelle? Questa questione è molto controversa e difficile ^d). Nessuna differenza vi è quando dalle persone infuori, cui compete la legittima, non si abbiano altri eredi *ab intestato* e che oltre a ciò gli eredi necessari sieno stati istituiti interamente nelle quote di legittima loro spettanti. Qui è indifferente dire che la legittima è una parte dell'intera eredità o una parte della

for. parte III const. XII def. 11 num. 3. — *Casp. MANG., Tr. de legitima* qu. 6 e 7. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect. h. t.* § 43. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. Rom. germ.* tomo II § 1710 pag. 891.

^d) Cfr. FRANCKE, op. cit. § 17, e MÜHLENBUCH, l. o. pag. 257 seg. Nel nostro diritto (articoli 805, 807 *Cod. civ.*), non si tratta più di una quota della porzione *ab intestato* proporzionale al numero dei legittimari, ma l'ammontare della legittima è fissato invariabilmente, qualunque sia il numero di coloro che vi hanno diritto. Il Codice nostro ha seguito anche qui, semplificandolo, il sistema del Codice napoleonico. Questo (articoli 913, 915) specificava tre casi per la legittima dei discendenti e due per quella degli ascendenti. Stabilisce infatti che se si tratta di un sol figlio la legittima (questa parola tuttavia non ricorre nel Codice napoleonico, mentre il nostro l'adopera) è della metà dei beni del disponente, se di due, di un terzo, se di tre o più di un quarto. Per gli ascendenti se il defunto ne lascia superstiti uno o più in ciascuna linea paterna e materna, la legittima è della metà dei beni; se non lascia ascendenti che in una sola linea è del tre quarti. Nel nostro Codice non si fa distinzione di numero dei figli; la loro legittima è sempre della metà dei beni del testatore. Così per gli ascendenti è di un terzo dei beni. Il sistema della quota invariabile di legittima, già adottato in Italia prima del vigente Codice dal Codice napoletano art. 829 e dal Codice estense art. 821 seg., deriva dal Codice napoleonico. Interessanti sono in proposito le discussioni dei suoi compilatori. I quali trovarono su tale argomento una grande varietà. In Francia nei paesi di diritto scritto vigeva la Novella di GIUSTINIANO, nei paesi di diritto consuetudinario o si accettavano con modificazioni le regole del diritto romano o si seguiva la consuetudine di Parigi che stabiliva la legittima di ciascun figlio nella metà della porzione che avrebbe avuto nella successione dei genitori ed altri ascendenti. Mentre parve equo salvaguardare il diritto alla legittima, si volle lasciare una conveniente libertà ai disponenti e si abbandonò il sistema romano. Cfr. LOCRIÉ, *Legisl. civ.* (ed. it. Napoli 1841) V pag. 270 seg. Certamente nel nostro sistema sono eliminate molte difficoltà; non si fanno più le lunghe dispute per fissare convenientemente il numero delle persone da calcolarsi per la determinazione dell'ammontare della legittima, ma è anche vero che così dipende dal caso, cioè dal numero dei legittimari, se essa sarà sufficiente e conveniente od esigua. Siamo tornati in certo qual modo al diritto pregiustiniano. LOSANA, *Succ. test.* pagina 168 avverte che nel nostro Codice art. 806 vi è una reminiscenza dell'antico sistema di calcolare la legittima nelle parole: « i discendenti non si contano che per quel figlio che rappresentano ».

porzione *ab intestato*. Per esempio, i due eredi *ab intestato* del defunto sarebbero stati i suoi due figli; ei li ha tuttavia istituiti soltanto nella legittima ed ha lasciato un patrimonio di 6000 fiorini. La legittima ammonta qui ad un terzo ed è indifferente calcolarla sull'intera eredità del defunto padre o secondo la porzione *ab intestato* di ognuno dei figli. Secondo il primo cómputo la legittima per ambedue i figli insieme è di fiorini 2000, questi debbono quindi dividersela fra loro. Secondo l'altro cómputo invece dovrebbe anzitutto verificare la quota *ab intestato* di ognuno dei figli. Questa ammonta a 3000 fiorini; un terzo di questa somma costituisce la legittima di ciascun figlio. Così secondo l'un cómputo, come secondo l'altro, ogni figlio non riceve per sua legittima più di 1000 fiorini. Lo stesso è a dire della legittima dei genitori quando sono istituiti ambedue e da essi infuori, non si hanno altri eredi *ab intestato*. Qui vale adunque la regola: *Quanta est legitima collective, tanta etiam est distributive* ⁶⁾.

Ma appare una differenza molto grande quando, oltre i veri e propri titolari della legittima, vi sono altre persone, che insieme a quelli avrebbero ereditato *ab intestato*; ovvero quando concorrono soltanto eredi necessari ma non sono stati totalmente istituiti nella legittima, sivero alcuni soltanto, altri invece sono stati semplicemente nominati eredi o diseredati. Per esempio, il defunto, oltre i genitori da lui istituiti eredi nella legittima, ha pure lasciato fratelli e sorelle germani. Qui si ha gran riguardo se debbasi calcolare la legittima dei genitori sulla intiera eredità o se debbasi ritenere una quota della porzione *ab intestato*. Vogliamo, ad esempio, supporre il caso che il defunto avesse lasciato il padre e un fratello germano, istituendo il primo soltanto nella legittima, il secondo poi universale erede. L'eredità ammonta a 12,000 fiorini. Se la legittima del padre è

⁶⁾ Vedi BERGER, *Oeconom. juris* lib. II tit. IV th. 16, e HAUBOLD *ad Eundem* nota aa tom. I (Lipsiae 1801, 4) pag. 398. Si notino qui le seguenti osservazioni: se la legittima vien calcolata sulla intiera eredità in base al numero di coloro cui compete, questo calcolo dicesi collettivo. Se invece la legittima degli eredi necessari è calcolata secondo il rapporto con la loro quota *ab intestato*, tale calcolo è detto distributivo. Vedi la mia *Diss. de constituenda legitimae port. parentum quantitate* sect. II § 13 pag. 117 seg.

calcolata qui in un terzo della sua porzione *ab intestato*, egli riceve 2000 fiorini. Invero senza testamento sarebbero ambedue succeduti *in capita* e il padre avrebbe ricevuto per sua parte 6000 fiorini. Se si vuole invece calcolare la *legittima* sulla intiera eredità, il terzo ammonterebbe a 4000 fiorini e così al doppio di quel primo calcolo.

Si supponga inoltre che un padre abbia diseredato uno dei figli e istituito eredi gli altri soltanto nella legittima. Qui fa una grande differenza se la legittima è calcolata sull'intiera eredità del defunto soltanto in relazione alla quota *ab intestato* dei figli o senza questo riguardo secondo il numero delle persone che possono pretenderla. Invero nel primo caso è da calcolare anche il figlio diseredato, in quanto sarebbe concorso alla successione *ab intestato*, nel secondo no. Si supponga quindi che un padre abbia diseredato l'uno dei figli, istituito l'altro semplicemente nella legittima. Se questa vien qui determinata senza riguardo alla successione intestata, ammonta ad un terzo della intiera eredità; se al contrario si ha riguardo alla porzione *ab intestato* di ciascuno dei figli e quindi è computato il figlio diseredato, la legittima è soltanto un terzo della metà dell'asse ereditario, la quale sarebbe spettata come porzione *ab intestato* al figlio chiedente la legittima. Consistendo perciò l'eredità in 1200 fiorini, il figlio istituito avrebbe per sua legittima 400 fiorini secondo il primo cómputo, 200 invece soltanto secondo l'altro. Si supponga inoltre che il defunto padre abbia legittimamente diseredato uno dei cinque figli ed istituito gli altri soltanto nella legittima. Se la legittima è una parte della porzione *ab intestato*, deve calcolarsi il figlio diseredato e la *legittima* dei rimanenti ammonta alla metà di ciò che ogni figlio avrebbe ricevuto *ab intestato*; se invece la legittima è una parte dell'intiera eredità, ammonta qui pei quattro figli insieme, senza contare il diseredato, soltanto al terzo.

Dinanzi a questa visibile differenza e inconcepibile come *Bachov ECHT* 7) così irreflessivamente potesse scrivere: *ieiuna videtur haec quaestio, an legitima sit portio eius, quod ab intestato debetur, an totius substantiae, quoniam haec non nisi patrefamilias mortuo debetur* 8).

7) *Notae et animadvers. ad Treutlerum disp. XIII parte XI lit. B pag. 535.*

8) *La mia Diss. de legitima parentum § 10.*

Si domanda adunque quale opinione debba accogliersi intorno al calcolo della legittima secondo le leggi. La maggior parte dei giuriconsulti ⁹⁾ concorda in ciò che con la Novella 18 cap. 1 sia stata elevata soltanto la quantità della legittima, di cui tuttavia non sarebbe stata mutata la qualità precedente di esser semplicemente una parte della porzione *ab intestato*. La legittima sarebbe dunque pur sempre secondo il nuovissimo diritto romano il terzo o la metà di ciò che l'erede necessario, cui spetta, avrebbe ricevuto *ab intestato*. Questa opinione, ricevuta anche nella pratica ¹⁰⁾, merita in tutto di esser preferita ¹¹⁾. Nulladimeno io devo osservare soprattutto che

⁹⁾ STRUV., *Synt. iur. civ. exerc.* X parte 32. — Io. SCHILTER, *Diss. de legitimæ cum quarta, vel simil. portione superstiti coniugi debita, concurrentis computatione* (Altorfi 1697) *Membr. I* § 22 seg. — HUBER, *Praelect. ad Pandect. h. t.* § 14 pag. 292 (edit. Franeg. 1689). — de COCCEJI, *iur. civ. contr. h. t. qu. XVIII.* — EMMINGHAUS *ad Eundem c. l. nota 1* tomo I pag. 458. — WESTENBERG, *Diss. III de portione legitima cap. I-III.* — Io. Christ. CLAPROTH, *Diss. de computo legitimæ secundum personas* (Goettingæ 1739) § 21. — Carl. Fried. GERSTLACKERS, *Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils* (Stuttgart 1722, 4) § 9. — Aug. Wilh. MEYER, *Diss. de determinanda legitimæ quantitate* (Goettingæ 1776) § 6 seg. — WESTPHAL, *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 393 seg. pag. 278 seg. — HOFACKER, *Princ. iur. civ. tom. II* § 1711 nota a. — HAUBOLD *ad BERGERI, Oecon. iuris* tomo I pag. 398 nota 2. — HÖPFNER, *Commentar über die Heinecc. Institutionem* § 473 nota 8. — WEBER *su HÖPFNER*, pag. 517 dell'ultima edizione. — DABELOW, *Handbuch des heutigen gemeinen römischdeutschen Privatrechts* parte 2 sez. 1 (Halle 1803) § 1076. — FUNK, *Comm. de nexu inter successionem ab int. et querelam inoff. testam.* § 23 ed altri molti.

¹⁰⁾ LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pand. h. t.* § 43. — Tob. Jac. REINHARTI, *select. observationes ad Christianasi Decisiones* vol. I obs. 54 num. 4 pag. 133. — Frid. Es. a PUFFENDORF, *Observat. iur. univ.* tomo III obs. 171 e tomo IV obs. 212. — L. B. a WERNHER, *Observat. for.* tomo I parte III obs. 82 num. 2. — PÜTTER, *auserlesene Rechtsfälle* 3 vol. I parte Resp. CCLX num. 42 ff. pag. 238. — Fratr. BECMANNORUM, *Consilia et Decision.* parte II cons. XLVII num. 9 pag. 34. *Consil. Tubing.* vol. I consil. 46 num. 25 seg.

¹¹⁾ Si veda la mia *Diss. de constituenda legitimæ portionis parentum quantitate* sect. II § 9 seg. Gli argomenti in parte nuovi che io ho ivi recato trovansi pure in quella brevità con cui eorlo nelle mie lezioni di pandette, in STEINS *Versuch einer Abhandl. über die Lehre des röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten* §§ 50 e 51 dal quale scritto fedelmente e quasi con le stesse parole li ha recati il sig. KÖCHY nel suo *theor. pract. Comment. über die Pandecten* parte 2 sez. 2 pag. 451 seg.

quando si fa questione se la legittima sia una parte dell'intera eredità o soltanto della porzione *ab intestato*, venga sempre presupposto il caso che si abbiano più eredi, o siano soltanto eredi necessari o anche tali, che almeno avrebbero ereditato *ab intestato* insieme ai titolari della legittima. Infatti se vi è un solo erede necessario, che in pari tempo sarebbe stato l'unico erede intestato più prossimo, si comprende da sè come qui la legittima non sia una parte della porzione *ab intestato*, ma una parte dell'intera eredità¹²⁾. Che poi, da questo caso infuori, la legittima sia sempre soltanto una parte di ciò che l'erede avrebbe ricevuto nella successione intestata e che debba perciò calcolarsi sempre in relazione alla quota ereditaria *ab intestato*, appare dai seguenti motivi.

1. La legittima fu primamente fissata in modo legale con la introduzione della legge falcidia e quindi non pure vien detta *falcidia* anche nelle nuovissime costituzioni dell'imperatore GIUSTINIANO¹³⁾, ma paragonata alla *quarta legis falcidiae*¹⁴⁾. Come secondo lo scopo della legge falcidia nel caso che abbiansi più eredi, deve esser lasciato a ciascun coerede il quarto della porzione ereditaria al medesimo assegnata, giusta la regola *ratio legis falcidiae in singulis heredibus ponenda est*¹⁵⁾; così per analogia di questo principio, anche la legittima degli eredi necessari fu fissata nel quarto di ciò che ciascuno di essi avrebbe ricevuto per sua parte se il relinquirente fosse morto senza testamento¹⁶⁾.

2. GIUSTINIANO nelle sue costituzioni precedenti alla Novella 18 chiama espressamente la legittima una parte della eredità *ab intestato*. Non soltanto nel § 3 I. h. t. egli dice: *Sin vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta: de inofficioso querela quiescente id quod eis deest, neque ad quartam legitimae partis repleatur*. Ma an-

¹²⁾ Vedi REUTER, *Diss. de effectu querelae inofficiosi testamenti* § 1 in nota.

¹³⁾ L. 31 Cod. *de inoff. testament.* [3, 28]. NOV. XCII in *Praefat.*

¹⁴⁾ L. 8 § 9 D. *de inoff. testam.*

¹⁵⁾ § 1 I. *de lege falcidia* L. 77 D. *eodem.* — Iac. VOORDA, *Commentar. ad lege falcidiam* cap. V § 1 e Joach. Bechtold L. B. de BERNSTORFF, *Diss. de ratione legis falcidiae in singulis heredibus, maxime substitutis, ponenda* (Goettingae 1754) § 9.

¹⁶⁾ L. 5 §§ 6 e 8, D. h. t. L. 8 pr. Cod. *eodem.* L. 2 Cod. *de inoff. donat.*

che più chiaramente esprimesi l'imperatore nella L. 31 Cod. h. t. dove dicesi: *Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sancivimus, ut ratione falcidiae minime illis personis derelictae, quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest legitimae portioni, id est, quartae parti soil. ab intestato successione, tantum repleatur: exceptis illis, quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca iura illibata servamus: etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus.* Del pari esso dice nella L. 20 Cod. de collationib. [6 20]: *Illud sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum, plana sanctione revelamus: ut omnia, quae in quartam portionem ab intestato successione computantur his, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur: etiam si intestatus is decesserit, ad cuius hereditatem veniunt, omnimodo coheredibus suis conferant. Quod tam in aliis, quam in his, quae occasione militiae uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is, qui militiae meruit, locum habebit: ut luorum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum testamento condito quartae parti ab intestato successione computetur, sed etiam ab intestato conferatur.* Finalmente nella Novella 1 [Zach. 9] cap. 1 § 1 dicesi: *Si quis autem non implens quod dispositum est, sed dum competat si qui honoratus est, quod relictum est, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens hoc, quod praeceptum est, ei quidem aliquis illorum fuerit, qui necessario ex lege quid capiunt, in plus autem, quam quod lex ei dare vult, scriptus est heres tantum accipiat solum, quantum lex ei dare secundum quartam ab intestato partem concedit, reliquum vero omne auferri.* In queste leggi non soltanto si fa parola della legittima dei figli, ma di tutti gli eredi necessari, *qui ad querelam inofficiosi testamenti vocantur.* Non è quindi soggetto di ragionevole dubbio che la legittima dei genitori e dei collaterali sia sempre come quella dei figli soltanto una *portio portione ab intestato debita*.

3. Con la Novella 18 GIUSTINIANO ha modificato soltanto la precedente quota della legittima, ma non la sua vera e propria qualità di essere semplicemente una parte della porzione *ab intestato*. Ciò dice chiaramente

a) GIUSTINIANO stesso nel cap. 2 della Novella 18. *Omnibus aliis*

legibus, come suona secondo HOMBERGK, quae de querela inofficiosi latae sunt, et maxime nostris, in suo robore conservandis, tam liberos ingratos quod attinet, quam eos, qui tales non sunt: excepta sola quantitate, quam impraesentiarum secundum ea, quae ante definita sunt, auximus. Ciò dimostra pure

b) il motivo pel quale GIUSTINIANO ha elevato la legittima. Esso fu soltanto questo che gli spiaceva la soverchia tenuità dell'antica *legittima*, non il modo di computarla. Ciò non appare soltanto dalla prefazione della Novella 18, dove GIUSTINIANO dice: *Ac saepe alias mirati sumus, cur legitimis et gratis liberis, quibus gratias referunt parentes, defniverint, ut id, quod relinquendum est (quod etiam debitum vocant), quadrans tantum sit* ¹⁷⁾, *qui necessario relinquatur, reliquum vero a voluntate parentum pendeat: ac cognati quidem et extranei et servi cum libertate omnia accipiant, liberi vero et SI MULTI SINT, licet etiam parentes non offenderint, pudore suffusi, quadrantem solum dividant, et si decem vel forte plures sint, SIOQUE LIBERI PATRIS, DUM VIVERET, DIVITIS, PAUPERES SINT.* Ma ciò apprendesi anche più chiaramente dalla Novella 39 [Zach. 50] cap. 1, dove GIUSTINIANO dice: *Hoc solum innovantes, ut si quis in posterum bona sua restitui iubeat, primum filio legitimam partem, non quartam (hoc enim correximus, NIMIAM EIUS TENUITATEM DAMNANTES) sed tertiam omnino servet, vel dimidiam pro numero liberorum.*

c) GIUSTINIANO dice nella Novella 18 cap. 1 che la nuova legittima deve prendere il posto dell'antica quarta e tornare a vantaggio di tutti coloro che, in caso di esclusione da un testamento, possono attaccarlo come inofficioso. Già da questo segue che è rimasta appunto ciò che era l'antica quarta, cioè una parte della porzione *ab intestato* secondo la regola: *surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatur.* A questo non contradice

d) che GIUSTINIANO, dove parla della legittima dei figli, usi le espressioni: *tertio propriae substantiae pars, media totius substantiae pars.* La parola *τριουσία*, che qui l'imperatore ha usato, significa presso

¹⁷⁾ HOMBERGK, che fino ad ora ho seguito, ha qui: *solus triens est.* Ma ciò è del tutto inesatto. Nel testo greco dicesi: *μένον τριούγγιον*, cioè *solum triumciūm.* *Triuncium* equivale a *quadrans.*

i Greci come *patrimonium* o *bona* ¹⁸⁾; con quelle espressioni deve quindi esser realmente indicato l'intero patrimonio del defunto. Ma da ciò non si può in alcuna guisa dedurre che l'imperatore abbia voluto mutare la precedente natura della legittima: poichè GIUSTINIANO volle qui indicare complessivamente la legittima per tutti i figli, quindi pel suo cómputo dovette menzionare l'intero patrimonio. Si vede chiaramente che qui si parla del cómputo collettivo della legittima complessivamente pei figli, poichè l'imperatore subito dopo ordina che il *triens* e il *semis* deve esser diviso in egual proporzione tra i figli. Presuppone perciò che la legittima sia stata lasciata complessivamente ai figli, come appare dalle parole: *Sed quod cuique competit, per omnia aequale sit tam in qualitate, quam in quantitate, sive quis illud per modum institutionis, sive legati, sive quod idem est, fideicommissi nomine relinquat*. Qui merita di esser osservato che al tempo nel quale GIUSTINIANO promulgò la Novella 18 i figli nella successione legittima dei loro genitori non si trovavano a concorrere con altri, i quali avrebbero potuto ereditare *ab intestato* insieme a loro. Soltanto più tardi con la Novella 53 [Zach. 21] cap. 6 fu stabilito che il coniuge povero superstite potesse ricevere come coerede insieme ai figli del ricco coniuge defunto una parte della eredità di lui. Questa Novella fu promulgata un anno dopo la Novella 18 (nell'anno 537 d. C. ¹⁹⁾). Siccome al tempo della Novella 18 i figli erano i soli eredi intestati del patrimonio dei loro defunti genitori, GIUSTINIANO anche per questo motivo poteva dire a buon diritto l'ampliata legittima di essi, secondo la diversità del numero loro, una *tertia* o *media totius substantiae pars*, essendo questa pur sempre una parte dell'eredità *ab intestato* spettante allora ad essi soltanto ²⁰⁾.

¹⁸⁾ Vedi *Guil. Otton. REITZII, Glossarium Theophilinum* tomo II *Paraphrasis Institution. graecae* *adjct.* pag. 1286.

¹⁹⁾ Vedi *Abr. WIELING, Index Novellar. Justiniani, adjct. Eius Jurisprud. Restitutae* pag. 167.

²⁰⁾ Se anche dopo la Nov. 53, ovvero dopo la Nov. 117, promulgata solo nell'anno 541, cap. 5, la legittima dei figli nel caso che concorrano col superstite coniuge povero del defunto ascendente sia da computare sull'intero patrimonio di questo, senza defalco della parte spettante *ab intestato* al coniuge povero è un'altra questione che ho deciso negativamente nella mia *Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate* § 23. Tratterò di nuovo di ciò distesamente in seguito.

Quanto poco si possa dedurre da quelle espressioni che GIUSTINIANO abbia voluto mutare il carattere della legittima fissato dalle precedenti leggi, scorgesi nel modo più chiaro da questo che già prima della Novella 18 la legittima dei figli è detta generalmente *quarta bonorum* ²¹⁾, anzi con espresse parole *quarta pars totius substantiae* ²²⁾. Come invece GIUSTINIANO abbia saputo, che quando i figli cui è stata lasciata la legittima sarebbero stati i soli eredi intestati, sia indifferente dire che la legittima è una parte dell'intero patrimonio o una parte di ciò che i figli avrebbero ricevuto *ab intestato*, vedesi pienamente dalla Novella 22 [Zach. 48] cap. 48, dove GIUSTINIANO in relazione alla Novella 18 dice: *Nam cum semel PORTIONEM AB INTESTATO, quae omnino liberis relinquenda est, auxerimus, et quidem, si quatuor liberi sint, trientem, si vero plures quam quatuor, semissem TOTIUS SUBSTANTIAE omnino definiverimus, satis solatii liberis iam dedimus, non modica accessione antiquam eorum angustiam tollentes.* Invero ciò non può esser riferito in alcun modo al caso che, dalle persone infuori cui spetta la legittima, vi sieno anche altri eredi *ab intestato*. Qui non può in altro modo essere calcolata che in rapporto alla porzione *ab intestato* di colui che ha da pretenderla. Ciò viene insegnato finalmente

4. dalla stessa natura della cosa. Invero se anche in questo caso si volesse computare la legittima, senza riguardo alla successione intestata, sempre sull'intero patrimonio del defunto, ne scaturirebbero palesi assurdi. In tal guisa talora nel determinare la legittima verrebbero presi in considerazione dei beni, di cui l'erede necessario stesso niente avrebbe ricevuto se il relinquente fosse morto senza testamento. Si pensi al caso che coi legittimari concorra il coniuge del defunto il quale reclama la sua porzione statutaria: caso che io tratterò sotto al § 547. Anzi, l'erede necessario istituito nella legittima riceverebbe a titolo di questa, affatto contro la intenzione del defunto, talora quanto avrebbe ricevuto per sua quota *ab intestato*, talora anche più. Chi ci autorizza ad accogliere un tal palese assurdo nella legislazione giustiniana? Si supponga, ad esempio, il

21) L. 6 Cod. h. t.

22) L. 4 Cod. *de liberis praeterit.* [6, 28].

caso che il testatore avesse istituito uno dei tre figli soltanto nella legittima. L'eredità ammonta ai 6000 fiorini. Se qui si volesse calcolare la legittima del figlio sull'intera eredità paterna, senza aver riguardo alla porzione *ab intestato* del figlio, la *legittima* ascenderebbe a 2000 fiorini, ossia a tanto quanto il figlio avrebbe ricevuto *ab intestato*. Non avrebbe dunque il testatore agito senza scopo istituendo il figlio nella legittima? Noi vogliamo inoltre supporre che il defunto avesse lasciato tre fratelli germani ed il padre; questi sarebbe stato istituito soltanto nella legittima. Poniamo che l'intera eredità sia di 12,000 fiorini; qui la porzione *ab intestato* del padre ascenderebbe a 3000 fiorini, la legittima invece, calcolata secondo l'ammontare dell'intera eredità, alla somma di 4000 fiorini, ossia a più dell'intera porzione *ab intestato*. Non è ciò in sommo grado contrario alla natura della cosa ed assurdo?

Malgrado questa evidenza non mancano tuttavia giureconsulti i quali ritengono quella opinione precisamente come falsa e si figurano che GIUSTINIANO nella Novella 18 cap. 1 non solo abbia elevato la somma della legittima, ma anche espressamente ordinato che la legittima dovesse essere sempre la metà o il terzo della intiera eredità secondo il numero delle persone autorizzate a pretenderla, senza riguardo alla successione intestata. Essi affermano pure che già prima di GIUSTINIANO l'antica legittima propriamente consistesse nella quarta parte dell'intiera eredità, e che soltanto riguardo ai figli fosse detta una *portio portionis ab intestato* ²³). Ma i motivi per questa opinione si possono facilmente confutare.

1. L'argomento principale di cui tutti si servono è questo: la legittima sarebbe stata introdotta semplicemente per escludere la querela relativa ai testamenti inofficiosi. Spetterebbe quindi soltanto

²³) Ai difensori di questa opinione appartengono specialmente *Math. Benon. HERING* in *Diss. de computanda legitima matris in concursu cum germanis praeteritis* (Rostochii 1746). — *Henr. WAGNER* in *Diatriba, in qua demonstratur, parentum portionem legitimam totius hereditatis trientem esse* (Marburgi 1772). — *Ioh. Alb. COLMAR, von dem Pflichtheil der Aeltern vorzüglich nach Nürnbergischen Rechte* (Nürnberg 1785, 8). — *Car. Fried. WALCH, Introduct. in controvers. iuris civ. sect. II cap. IV membr. II §§ 1 e 9*. — *Lud. God. MADIEN* in *Progr. de portione legitima, non portione portionis ab intestato debita* (Trajecti cis. Viadr. 1788).

a coloro che sono autorizzati a promuovere la querela, e cioè in quanto ad essi spetta la medesima ²⁴). Pertanto chi non potrebbe agire, non potrebbe neppure pretendere la legittima. Come dunque gli ascendenti non concorrono nella querela coi discendenti o i collaterali cogli ascendenti, così non potrebbe aver luogo una concorrenza di queste persone nella determinazione della legittima delle medesime.

Ma la conclusione cui qui si giunge è palesemente falsa. Si tratta di due questioni affatto differenti che qui vengono chiaramente tra loro confuse, e cioè: chi riceve la legittima? come deve calcolarsi la legittima di coloro che hanno diritto di pretenderla? È giusto pertanto che gli ascendenti non possono pretendere la legittima quando vi siano discendenti e che anche ai fratelli non spetta la medesima quando vi siano ascendenti che possono pretenderla. Ma non ne segue che coloro i quali nel dato caso non possono pretendere la legittima, anche per ciò non debbano essere computati nel calcolo della legittima di quelle persone cui spetta; o che coloro i quali sono da computare nel calcolo della legittima debbano partecipare alla medesima. ULPIANO insegna chiaramente il contrario quando dice ²⁵): *quod filius exheredatus partem faciat in computanda legitima portione alteri filio relicta* e cioè pel motivo espressamente adotto: *quoniam quarta debita scil. ab intestati portione sufficit ad excludendam querelam*. Ora la frase *partem facere* non significa altro che una persona la quale nel dato caso non riceve la legittima sia da computare nel calcolo della legittima dell'altra persona perchè quella pure avrebbe partecipato alla successione *ab intestato* ²⁶). Molti

²⁴) Si riferiscono specialmente al § 6 I. h. t., dove GIUSTINIANO dice: *Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit. — Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur.*

²⁵) L. 8 § 8 D. h. t.

²⁶) Vedi Henr. COCCEJI, *Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt*. Francof. ad Viadr. 1717. Sect. II num. 30. *Partem facere dicitur, dice COCCEJI non qui illam capit, sed cuius existentia causa est, ne illa alteri accrescat, nec is plus parte sua habeat*. Si veda pure la mia *Diss. de constit. legit. port. parent. quantitate*. Sect. II § 10 nota 76.

passi ²⁷⁾ dimostrano come non sia contraddittorio *ut quis partem faciat qui partem non capit*. Si dice

2. che la legittima non possa avere alcuna relazione colla porzione *ab intestato* degli eredi necessari perchè l'ordine riguardo al diritto alla querela era affatto differente dall'ordine della successione intestata. Invero secondo l'ordine della querela agivano gli ascendenti subito dopo i discendenti quando pure vi erano fratelli e sorelle; eppure questi ultimi precedevano dapprima gli ascendenti nella successione legittima. Anzi secondo la Novella 118 i genitori e i collaterali hanno un medesimo diritto di successione intestata; nulladimeno a questi ultimi spetta la querela soltanto quando sia loro preferita una persona turpe. Ciò dimostra abbastanza che anche nella determinazione della legittima dei genitori non si deve avere alcun riguardo ad essi. Ma anche questo motivo non è decisivo. Si può ammettere che l'ordine riguardo al diritto alla querela non armonizzi intieramente coll'ordine della successione intestata (di che ho parlato sopra distesamente); ma esisteva nondimeno sino da antico il principio che soltanto agli eredi intestati compete la querela. Ciò insegna il motivo della legislazione intorno alla querela, poichè volevasi assicurare agli eredi legittimi il loro diritto ereditario contro una inofficiosa diminuzione. Ancor più ci persuade qui la nota supposizione della demenza (*color insaniae*) che originariamente si prese per fondamento della querela. Come avrebbesi potuto infatti supporre una pazzia laddove fosse stata trascurata nel testamento una persona cui senza di ciò non spettasse alcun diritto? ²⁸⁾ Con ciò concorda pienamente quello che ULPIANO ²⁹⁾ dice che per escludere

²⁷⁾ L. 16 pr. D. *de legat.* I [XXX]. L. 34 § 9. L. 84 § 8 D. *eodem.* L. 14 § fin. D. *de iure codicillor.* L. I § ult. D. *de Collation.* [37, 6]. La mia *Diss.* sect. III § 34 pag. 200 seg.

²⁸⁾ MADIHN nel citato scritto § 2 dice veramente: *ad querelam etiam admittebantur, qui nullo plane iure succedendi gaudebant, modo de testatori de bene meritis probarent*. Ma ciò non è proprio dimostrabile, come già da gran tempo hanno dimostrato in modo persuasivo SEGER in *Diss. observationes iuris civilis cont.* (Lipsiae 1768) obs. II contro HEINECCIUS e recentemente SCHRADER in *Commentat. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam.* cap. I § 7 contro BÖHMER e van de WATER.

²⁹⁾ L. 8 §§ 6 e 8 D. h. t.

la querela basta che a colui che potrebbe promuoverla si lasci la quarta parte di ciò *quod ad eum esset perventurum si intestatus paterfamilias decessisset*. Poi si potrebbe sicuramente far testamento. In contrario si obietta, è vero,

3. che quelle leggi nelle quali la legittima è intitolata una *pars debita ab intestato portionis* parlavano soltanto della legittima dei figli riguardo ai quali è certamente indifferente dire la legittima una parte dell'intero patrimonio od una parte della eredità *ab intestato*; ma che tanto poco si possa da ciò trarre una giusta conclusione per la legittima degli altri eredi necessari in quanto il caso dei figli prestasi solo accidentalmente a questa veduta. Che negli altri casi non si debba aver riguardo alla porzione ereditaria *ab intestato* apparirebbe da ciò che anche la quarta falcidia per analogia della quale la legittima ricevette la prima determinazione legale è una quarta *pars omnium bonorum*. Come adunque il testatore deve lasciare la quarta parte della eredità all'erede onerato, così dovrebbe, allo stesso modo, esser lasciata all'erede necessario la quarta parte dell'intera eredità.

Questo argomento appena merita una confutazione. La risposta al medesimo trovasi già negli esposti motivi della contraria opinione. È intieramente falso che le leggi nelle quali la legittima vien detta una *pars portionis ab intestato debita* parlino solo dei figli. Si confronti la L. 31 Cod. h. t., la L. 20 pr. Cod. *de collat.* [6 20], la Nov. 1 cap. 1 § 1 e ci si persuaderà tosto del contrario. Parimente è inesatto che riguardo ai figli sia indifferente sotto ogni aspetto il dire la legittima loro spettante una parte dell'intero patrimonio paterno o una parte della loro porzione *ab intestato*. Ciò è indifferente, soltanto quando i figli fossero stati i soli eredi legittimi dell'intero patrimonio del defunto genitore ed oltre a ciò tutti i figli fossero stati istituiti eredi nella legittima, come già sopra è stato mostrato. Finalmente per ciò che riguarda l'argomento tratto dalla *quarta falcidia* questo conviene soltanto al caso che esista un solo erede. Qui certamente la falcidia è la quarta parte della intiera eredità; ma se vi siano più coeredi, ciascuno di loro deve avere la quarta parte della sua porzione ereditaria secondo la regola: *ratio legis falcidiae in singulis heredibus ponenda est*. E secondo questa analogia a ogni erede necessario doveva essere lasciata la quarta parte della

sua porzione legittima per escludere l'azione di inofficiosità. Donde scaturisce piuttosto un argomento principale a favore della nostra opinione, che anche sopra è stato adoperato. Ma posto, continuano i nostri avversari,

4. che si voglia concedere (contro di che tuttavia solennemente si assicurano mediante protesta) che la legittima non solo pei figli, ma anche per gli ascendenti e fratelli e sorelle sia sempre un quarto della porzione *ab intestato*, in ogni caso la quota dell'erede intestato da computarsi nel calcolo della legittima costituirebbe un accrescimento pei titolari di questa! Invero che l'*ius accrescendi* abbia luogo anche nella legittima lo direbbe PAOLO espressamente nelle L. 23 § ult. D. h. t.: *Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars eius alteri adorescit, idemque erit, si tempore exclusus sit*. Si riferiscono inoltre alla L. un. Cod. *quando non petent. port. petent. adoresco.*³⁰⁾

Ma l'*ius accrescendi* ha luogo bensì *inter coheredes coniunctos*, i quali sono chiamati alla stessa eredità o dalla legge o dalla volontà del defunto. Tuttavia non è possibile di ammettere una congiunzione fra

³⁰⁾ Forse qualche lettore potrebbe dubitare se mai sia stato adoperato tale argomento poichè io stesso sul principio ero diffidente dei miei occhi. Quindi per mia scusa debbo riportare il seguente passo, a ciò relativo, del ricordato programma di MADHEN § IV: *Sed demus aliquando, quod concedere tamen nunquam possumus volumusque, portionem legitimam semper et non solum in liberis, sed etiam in ascendentibus et fratribus esse portionem portionis ab intestato debitae, adeoque in hoc casu et fratres esse connumerandos, tamen omnino in eo casu, si fratres in testamento praeteriti sunt eamque ob causam ex hereditate nihil capere possunt, EORUM QUOQUE PARS LEGITIMAE PORTIONIS PARENTIBUS ACCRESCEERE DEBERET. Namque si legitima est portio portionis ab intestato debitae tota quoque ex statu successionis aestimanda erit, i. e. triens aut semissis pro numero personarum ab intestato succedentium. Esset igitur triens aut semissis inter hos heredes ab intestato concurrentes dividenda, sed ex supposito fratres neque ex testamento, quoniam rite praeteriti sunt, neque propter querelam inofficiosi, quia hanc in casu non praelatae personae turpis non habent, quidquam ex hereditate, adeoque nec ex legitima capere et exigere possunt, ADEOQUE EA PARS LEGITIMAE, QVAE IN COLLATERALES CADERET, ACCRESCEERE DEBERET PARENTIBUS eadem ratione, ac iuste exheredati filii et secundum communem opinionem exheredati fratris portio reliquis accrescit, QUONIAM IUS ACCRESCENDI AUT POTIUS IUS NON DECRESCENDI SEMPER IN LEGITIMA PORTIONE OBTINUIT, quoniam vero iure reliquorum concurrentium pars apud heredem residere deberet, equidem ego non video!!*

l'erede istituito nella legittima e quello che con lui avrebbe ereditato *ab intestato*. Affermare qualche cosa di simile non è piaciuto certamente al buon PAOLO alla cui autorità si riferiscono. E dice egli abbastanza chiaro che parla soltanto della querela. Qui per certo ha luogo l'*ius accrescendi* perchè subentra la eredità intestata quando il testamento viene rescisso mediante la querela ³¹⁾. Riguardo alla legittima la cosa è ben diversa. Nel calcolo di quella, secondo la natura della cosa, non può aver luogo l'*ius accrescendi* perchè la legge ha assegnato all'erede necessario la sua determinata parte di eredità nè altro può a buon diritto pretendere ³²⁾. Quindi dice anche ULPIANO espressamente: *exheredatum partem facere* ³³⁾. Più chiaramente l'*ius accrescendi* non avrebbe potuto essere escluso dal calcolo della legittima ³⁴⁾. Altra questione è se fra gli eredi istituiti nella legittima abbia luogo un *ius accrescendi* quando uno di essi muore prima della adizione della eredità o rinunzi alla sua porzione. A questa questione rispondono affermativamente molti giureconsulti ³⁵⁾. Su ciò di più in seguito. Finalmente

5. deve persino derivare un assurdo dalla opinione comune! Come ciò? Deve consistere in questo. Secondo la nostra opinione, la madre, quando oltre di lei esistessero figli di fratelli e sorelle bilaterali, riceverebbe come legittima soltanto la terza parte della sua porzione *ab intestato*, poichè i figli di fratelli e sorelle non sono eredi necessari. Quando al contrario coesistono fratelli e sorelle uni-

³¹⁾ Luc. van de POLL, *de exheredatione et praeteritione* cap. 78. — Henrich COCCEJI, *Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt* sect. III num. 5 seg. — Ern. Christ. WESTPHAL, *Disp. de iure accrescendi inter coheredes, interdum iure non decrescendi, interdum secus*. Halae 1761, cap. VII § 29.

³²⁾ In modo eccellente specifica Ger. NOODT in *Commentar. ad Pandect. h. t.* tomo II *Oper.* pag. 170, la differenza perchè l'*ius accrescendi* abbia luogo nella querela e non nel calcolo della legittima.

³³⁾ L. 8 § 8 D. h. t.

³⁴⁾ Vedi Franc. DUARENUS, *de iure accrescendi* lib. I cap. 14 (in *Eius Operib.* Francof. 1792, *edit* pag. 1085). — COCCEJI, *Diss. cit.* Sect. II num. 19 seg. — Sam. de COCCEJI, *ius civ. controuv.* h. t. Qu. 18 tomo I pag. 458. — WESTPHAL *cit. Diss.* cap. IV § 22 — e HOFACKER, *Princip. iuris civ. Rom. germ.* tomo II § 1713 nota *d* pag. 897.

³⁵⁾ V. SCHAUMBURG, *Comp. iur. Digest.* h. t. § 5 — e Fried. Christ. SCHANTZ, *Diss. de iure accrescendi ab intestato et ex testamento* (Marburgi 1743) cap. II § 120.

lateralmente per parte di padre, la madre riceverebbe il terzo della intera eredità, perchè i *fratres* consanguinei in certo qual modo sono eredi necessari.

Io devo affermare che non trovo qui la più piccola inconseguenza, perchè i *fratres* consanguinei, quando vi sono genitori, sono eredi necessari tanto poco quanto i figli di fratelli e sorelle. Al contrario, non conosco alcun più grosso assurdo di quello che scaturisce dalla opposta opinione, che cioè, secondo la medesima, l'erede necessario istituito nella legittima riceverebbe a titolo di legittima contro la intenzione del relinquente talora tanto quanto avrebbe ricevuto come sua quota *ab intestato*, talora anche di più, come sopra è già stato più esattamente dimostrato. Si dice veramente « che ciò sia una eccezione alla regola e che il legislatore non debba aver riguardo a quello che segue raramente, ma debba prendere in considerazione la equità e il diritto »³⁶). Ma chi ci autorizza a stabilire anche per eccezione un assurdo?

IV. La legittima dei genitori può ascendere anche alla metà o essere sempre un terzo della eredità che a loro sarebbe spettata *ab intestato*? Tale questione è in egual modo controversa fra i giuriconsulti, come io ripetutamente ho dimostrato nella mia citata dissertazione. Qui si possono supporre i seguenti casi:

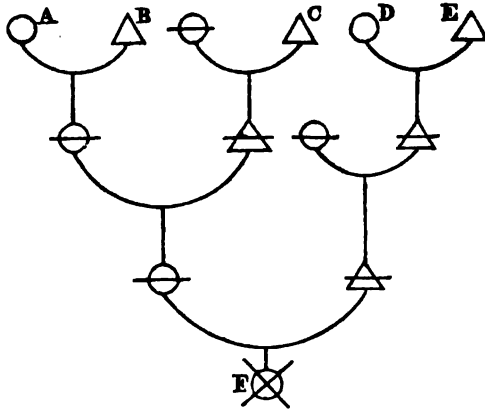
A) I genitori erano i soli eredi legittimi. Qui è

1. certo che quando vi sono soltanto ascendenti del primo o del secondo grado la legittima può essere solo un terzo della eredità che sarebbe loro toccata *ab intestato* perchè qui il numero delle persone non può mai essere maggiore di quattro. Su ciò si è d'accordo. Ma che cosa è a dire quando

2. concorrono ascendenti del terzo grado e vi sono più di quattro persone? Per esempio (Vedi l'albero genealogico nella pagina seguente) il defunto F ha lasciato cinque proavi. Dalla parte dell'avo paterno due proavi A e B; dalla parte dell'ava paterna una proava C, e dalla parte dell'ava materna due proavi D E. Il caso è raro, ma non impossibile. Qui è controverso se la legittima di questi ascendenti debba calcolarsi per capi o per linee. Affermano la prima

³⁶) Si veda COLMAR, *von dem Pflichttheile der Eltern* pag. 36.

ipotesi BARDILI ³⁷⁾, WESTENBERG ³⁸⁾, MADIEN ³⁹⁾ e HOFACKER ⁴⁰⁾, i quali sono di avviso che la legittima nel caso presente ammonti secondo il numero delle persone che qui ricorrono alla metà dell'eredità. Il loro motivo principale è che la legittima in base alla Novella 18



debba essere determinata secondo il numero delle persone; oltre a ciò gli ascendenti al tempo di questa Novella non avrebbero ereditato *ab intestato* per capi, ma per linee. Essi sarebbero stati senza dubbio calcolati per capi nel cómputo della legittima a loro spettante e ciò non avrebbe ricevuto modificazione per parte di GIUSTINIANO. Ma GREVE ⁴¹⁾, HAUBOLD ⁴²⁾ ed EMMINGHAUS ⁴³⁾ ritengono più esatta la opposta opinione che io ho difesa nella mia dissertazione ⁴⁴⁾. Che gli ascendenti anche nel caso supposto, essendo il loro numero di cinque o più persone, debbano contentarsi del terzo dell'eredità *ab intestato* apparisce chiaramente da questo che qui secondo la Novella 118 capo 2 avrebbe luogo una *successio in lineas* se il relinquire fosse morto senza testamento. In vero senza riguardo

³⁷⁾ *Disp. de conditione ex lege ad supplementum legitimas* (Tubingae 1659) § 33.

³⁸⁾ *Diss. III de portione legitima* cap. III §§ 19 e 20.

³⁹⁾ *Princip. iur. Rom. de successioneibus* § 145 pag. 176 seg.

⁴⁰⁾ *Princ. iuris civ.* tomo II § 1714 num. 2 pag. 897 seg.

⁴¹⁾ *Exercitationes ad Pandectar. loca difficiliora* Exercit. VII § 19 pag. 184.

⁴²⁾ *Ad BERGERI, Oeconom. iuris* tomo I pag. 308 nota a.

⁴³⁾ *Ad COCCEJI ius. civ. controv. h. t. fin.* 28 nota t tomo I pag. 471.

⁴⁴⁾ *De constituenda legitimas port. parentum quantitate.* Sect. II § 18 pag. 141 seg.

al numero delle persone la eredità sarebbe stata divisa in due parti eguali, di cui l'una sarebbe spettata alla linea paterna, l'altra alla materna ⁴⁵⁾. Ora la legittima è una parte della porzione *ab intestato* come precedentemente è stato dimostrato a sufficienza. Per conseguenza anche nel suo giusto cómputo deve esser posta a base quella specie di successione ereditaria che avrebbe avuto luogo *ab intestato*. Che la *successio in lineas* a tempo della Novella 18 non fosse ancora in vigore, ma sia stata introdotta soltanto posteriormente, non influisce sulla cosa; basta che GIUSTINIANO con la Novella 18 non abbia voluto mutare la natura della legittima, come sopra ho dimostrato pienamente. S'intende da sè che il *triens* sia da dividere per linee anche tra gli avi e i proavi ^{e)}.

B) Oltre gli ascendenti vi sono fratelli e sorelle bilaterali del relinquirente, i quali avrebbero ereditato con loro allo stesso modo *ab intestato*. In tal caso la legittima dei genitori può ascendere alla metà quando, per esempio, i fratelli e le sorelle ammontassero in un con gli ascendenti al numero di cinque o più persone? Si ha disparità di opinioni intorno a questo punto. Alcuni ⁴⁶⁾ lo decidono rispondendo affer-

⁴⁵⁾ La mia *Syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 118 num 4 pag. 363 seg.

⁴⁶⁾ *Ger. NOODT, Comment. ad Dig. h. t. § Sed apparet.* tomo II *Oper.* pagina 173. — LAUTERBACH, *Colleg. theor. pr. Pandect. h. t.* § 43. — STRUV., *Synt. iuris civ. Exerc. X th.* 13. — MÜLLER *ad Eundem* nota v. — WESTENBERG, *Diss. III de portione legitima* cap. III § 19. — de COCCEJI, *iur. civ. controv. h. t. qu.* 26 in fine, pag. 471. — EMMINGHAUS *ad Eundem* nota u. — Io. Christ. CLAPROTH, *Diss. de computo legitimas secundum personas* (Goettingae 1739) § 24. — RÖSSLIN, *Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils* parte II (Stuttgart 1773, 4) § 14. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo II § 1714 num. 3 pag. 898. — Lud. Henr. LILIEN, *Specim. de legitima* § 6 pagina 19 seg.

e) L'art. 807 cap. 2 e 3 stabilisce che la porzione legittima, ossia il terzo spetta al padre ed alla madre per eguale porzione ed in mancanza di uno dei genitori, interamente all'altro. Non lasciando il testatore nè padre, nè madre, ma ascendenti della linea paterna e materna, la porzione legittima spetta per metà agli uni e per metà agli altri ove siano in grado eguale; ove siano in grado ineguale spetta per intero ai prossimi dell'una o dell'altra linea.

mativamente; altri ⁴⁷⁾ invece stanno assolutamente per la negativa e credono che la legittima dei genitori sia sempre del terzo dell'eredità, senza aver riguardo al numero dei collaterali. Altri ancora ⁴⁸⁾ pongono per principio che veramente nel calcolo della legittima dovrebbero esser computate anche le persone, secondo il cui numero sono da determinare le quote della successione intestata, se anche esse non possono pretendere la legittima, ma sarebbe errore applicarlo anche alla fissazione della legittima in generale, se, cioè, debba essere un terzo o la metà. Questo dipenderebbe dal numero delle persone cui spetta la legittima. Qui dovrebbero dunque computare i collaterali nel calcolo della legittima dei genitori per ritrovare la porzione *ab intestato* di questi, ma il concorso dei collaterali non potrebbe mai far sì che la *legittima* dei genitori ascendesse alla metà della porzione *ab intestato*. Quando, per esempio, alcuno muore lasciando il padre e quattro fratelli, la legittima paterna non potrebbe ammontare alla metà, perchè ai fratelli non spetta legittima alcuna, ma soltanto al terzo della quota *ab intestato*. Finalmente vi son giureconsulti ⁴⁹⁾ i quali distinguono se i collaterali siano stati istituiti eredi insieme ai genitori o se, trascurati quelli, fu lasciata semplicemente la legittima ai genitori. Nel primo caso i collaterali dovrebbero computarsi nel determinare la legittima dei genitori, la quale ascenderebbe perciò o al terzo o alla metà della quota *ab intestato* a seconda del numero di tutti gli eredi intestati. Nel secondo caso si

⁴⁷⁾ *Henr. WAGNER, Diatr. in qua demonstratur parentum portionem legitimam totius hereditatis trientem esse* (Marb. 1772). — *COLMAR, von dem Pflichttheil der Eltern* (Nürnberg 1785, 8). — *MADIEN, Princip. iur. Rom. de successionib.* § 145 in fine pag. 177. — *WALCH, Introduct. in controvers. iur. civ.* Sect. II cap. IV membr. 2 § 9.

⁴⁸⁾ *Ant. FABRO, de erroribus Pragmaticor. et Interpret. iuris.* Decad. XV err. 4. — *Luc. van de POLL, de exheredat. et praeterit.* cap. LXIV §§ 12 e 13 e cap. LXV § 4. — *MANZ, Tr. de legitima* Quaest. VI num. 6 seg. e qu. IX. — *WEBER, nella nuova edizione del HÖPFNER Commentar. über die Heinecc. Institutionen* § 473 nota 8 pag. 517.

⁴⁹⁾ *CUJACIUS, in Exposit. Novellar. ad Nov.* 18. — *STRYK, de cautelis testamentorum* cap. XVII membr. I § 24 — *VOET, Commentar. ad Pandect. h. t.* — *MERLINUS, de legitima* lib. I tit. 4 qu. 3. — *BERLICH, Conclusio. practicoab.* parte III. *Conclus. XII*, num. 51, e *HENRIG, Diss. de computanda legitima matris in concursu cum germanis praeteritis* (Rostochii 1746) Sect. II.

avrebbe riguardo alla circostanza se fu insieme istituita erede una persona onesta o turpe; nel primo caso la legittima dei genitori ascenderebbe, senza riguardo ai collaterali, sempre al terzo dell'intera eredità, nel secondo invece sarebbero da computare anche i collaterali.

Io ho esaminato tutte queste opinioni nella mia dissertazione e preferito la prima, poichè se, come è fuor di dubbio, la legittima è una parte della porzione *ab intestato*, necessariamente per determinarla in modo esatto debbono essere compresi nel cómputo tutti coloro che in caso di successione intestata sarebbero stati coeredi, sebbene per la loro persona non possano pretendere legittima alcuna. Essendo i collaterali bilaterali eredi *ab intestato* coi genitori, debbono necessariamente esser compresi nel cómputo della legittima degli ascendenti, se questo si ha da fare esattamente. È stranissimo ciò che si afferma secondo la terza opinione: doversi invero computare i collaterali per istabilire la quota *ab intestato* dei genitori, non per fissare la legittima stessa e così la legittima loro ascender sempre al terzo di quella quota, se anche dovessero concorrere cinque e più eredi intestati. A me resta inconcepibile come ciò possa corrispondere allo spirito della Novella 18. GIUSTINIANO innalza ivi la legittima secondo il numero delle persone che concorrono nel suo cómputo da un quarto ad un terzo o alla metà della quota *ab intestato*, affinchè quando le persone sono molte, la legittima non si riduca troppo piccola. Questo innalzamento non fu fatto soltanto a vantaggio dei figli, ma, per espressa disposizione dell'imperatore, anche dei rimanenti eredi necessari. Laonde anche la legittima degli ascendenti deve ammontare, secondo il numero degli eredi intestati, o al terzo o alla metà di ciò che avrebbero ereditato *ab intestato*. Se si volessero computare semplicemente come *partem facientes* i collaterali che concorrono *ab intestato* coi genitori, cioè per determinare in base al loro numero a quanto ascende la quota *ab intestato* dei genitori, ossia soltanto ad *minuendam parentum legitimam*: non aver riguardo invece al loro numero per decidere se quella legittima sia della metà o del terzo o, come si usa esprimersi, calcolare i collaterali non anche come *numerum facientes* e quindi ad *augendam portionem parentum legitimam*, non scaturirebbe soltanto da ciò una palese

inconseguenza, ma anche la più grande ingiustizia. E tanto più contraddirebbe alla intenzione del legislatore, quanto più la legittima si ridurrebbe piccola, se, ad esempio, il caso che vien narrato nei *Contributi alla letteratura giuridica negli Stati prussiani (Beiträge zur jurist. Literat. in dem Preuss. Staat.)*⁵⁰⁾, che cioè taluno morendo avesse lasciato l'uno e l'altro genitore istituiti nella legittima e otto collaterali germani dovesse verificarsi più frequentemente. Il motivo che adducesi per non calcolare i collaterali come *numerum facientes* nella determinazione della legittima dei genitori, che cioè ai fratelli non spetta legittima alcuna, niente significa. Se tal motivo dovesse esser veramente efficace, si potrebbero comprendere nel cómputo i collaterali come *partem facientes*. Ma è pure una presupposizione del tutto falsa l'affermare che per determinare la legittima niuno debba esser calcolato, da quegli infuori cui spetta realmente la legittima. Se ciò fosse, dovrebbe aver torto anche ULPIANO⁵¹⁾ quando dice: *exheredatum facere partem in constituenda legitimae quantitate, quamvis non capiat partem*. A ragione dice quindi ANTON FABRO⁵²⁾: *Neo quod fratribus legitima nulla debetur, ad rem facit, quoniam in ponenda legitima ratione, non qui in legitimae petitione concurrant nec ne, inspicendum est, sed quis in successione intestati concursurus esset, si ab intestato succederetur. Proinde qui ad partem hereditatis legitimae admitterentur, haud dubie faciunt partem in computatione legitimae, licet ad nullam legitimae partem admittantur*.

V. La legittima dei nipoti deve calcolarsi per capi e per stirpi f).

Qui

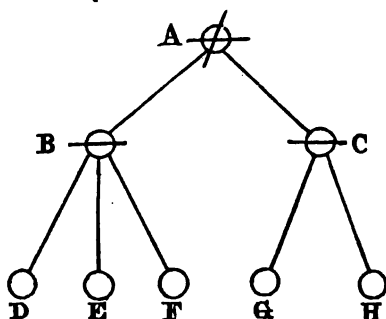
50) Ottava collezione (Dessau 1795 8) p. 16 Nr. III. A ragione il Tribunale camerale di Berlino assegnò nel ricordato caso per legittima ad ambedue i genitori insieme il decimo, ossia a ciascuno di loro il ventesimo del patrimonio lasciato dal defunto, come metà della loro quota *ab intestato*.

51) L. 8 § 8 D. h. t.

52) *Error. Pragmaticor. Dec. XV. Err.* 4 pag. 359 (Edit. Lugd. de a. 1605, 8).

f) Cfr. FRANCKE, op. cit. pag. 222 seg.; MÜHLENBUCH, l. c. pag. 273 seg.; RIEDEL, *Zeitschr. f. Civilr. und Proz.* N. F. IX; WINDSCHEID, § 580 nota 4. Nel complesso anche qui la opinione seguita e difesa dal GLÜCK è pienamente accettabile. La questione oggi non è più interessante per noi. Si tratta semplicemente di dividere fra i discendenti del legittimario la parte che gli spettava (*Cod. civ. art. 806 cap. 1*).

1) è certo che quando vi siano soltanto nipoti per parte di diversi figli o i nipoti concorrano con i loro zii e le loro zie, sì per la determinazione della legittima loro spettante, sì per la divisione della medesima, si deve aver riguardo al rapporto delle stirpi come nella successione intestata dei nipoti. Si supponga, ad esempio, questo caso che

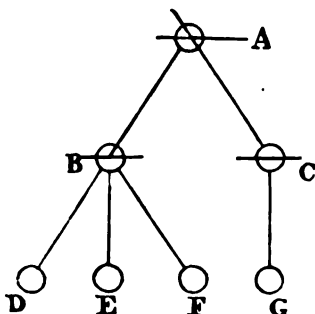


il defunto avo A abbia lasciato più nipoti per parte dei due suoi figli B e C morti prima di lui, e cioè tre per parte dell'uno D E F, due per parte dell'altro G H, ossia complessivamente cinque, e li abbia istituiti soltanto nella legittima. A quanto ammonta la legittima di questi nipoti? Se qui dovesse determinarsi in base al numero delle persone, ascenderebbe alla metà dell'eredità. Ma essendo la legittima soltanto una parte della porzione *ab intestato* deve essere calcolata secondo le stirpi, poichè i nipoti succedono pure *ab intestato in stirpes* ⁵³⁾; per tutti i cinque nipoti è quindi solamente del terzo, quanto sarebbe stata se i loro due padri vivessero tuttora e fossero stati istituiti essi stessi nella legittima. Questo *triens* deve dividersi per stirpi anche fra i cinque nipoti; quindi ne ricevono una metà i tre nipoti per parte del figlio B, l'altra in due per parte del figlio C. Ciò è confermato chiaramente da **ULPIANO** ⁵⁴⁾ dove dice: *Si sint ex duobus filiis nepotes: ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sesuncia* (cioè la quarta parte della metà dell'eredità intestata) *unum ex illis semuncia* (cioè la quarta parte di un sesto

⁵³⁾ *La mia systemat. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 99 p. 289.

⁵⁴⁾ L. 8 § 8 D. h. t.

dell'eredità intestata) *querela excludit*. ULPIANO decide qui il seguente caso



Se A fosse morto *ab intestato*, l'unico nipote da lui lasciato G per parte del figlio C avrebbe ricevuto la metà dell'eredità, i tre nipoti D E F per parte dell'altro figlio B invece complessivamente l'altra metà, conforme alle regole della *successio nepotum in stirpes*. Ora l'avo aveva istituito questi nipoti semplicemente nella legittima, la quale doveva pure calcolarsi per stirpi. Per conseguenza secondo il diritto dell'età di ULPIANO ammontava pel nipote G del figlio C alla quarta parte della metà dell'eredità intestata (*sesuncia*), invece per ognuno dei tre nipoti dell'altro figlio B al quarto del *sex-tans* spettante a ciascuno di loro *ab intestato* (*semuncia*). Se si suppone che l'eredità fosse di *solidi* 12,000, il nipote per parte del figlio C avrebbe ricevuto per sua legittima 1500 *solidi* e ognuno dei nipoti per parte dell'altro figlio B 500⁵⁵). Questo calcolo e questa divisione della legittima secondo le stirpi riguardo ai nipoti per parte di diversi figli non hanno subito modificazione da GIUSTINIANO nella Novella 18 cap. 1. E quando ivi l'imperatore dispone che la legittima deve esser fissata e divisa secondo il numero dei figli di primo grado che avrebbero ereditato *ab intestato*, ciò deve valere come principio anche nel fissare e dividere la legittima dei nipoti che da quelli discendono. Quindi questa, secondo lo spirito della

⁵⁵) Si veda anche la L. 8 cit. de COCCEJI *ius. civ. controv. h. t. Qu.* 18 pag. 458. — WESTPHAL, *System des R. R. von Testamenten* § 395 a e la mia *Dissert. Sect. II* § 14.

legge, non si deve calcolare in base al numero delle persone dei nipoti, ma piuttosto in base a quello dei figli e delle figlie del defunto, dai quali essi discendono e dividersi parimente secondo le stipi. Intorno a ciò son concordi, per quanto io so, i giureconsulti teorici e pratici ⁵⁶). Ma è controverso

2) come si debba calcolare la legittima dei nipoti nel caso che si abbiano più nipoti soltanto per parte di un unico figlio o di un'unica figlia. Qui le opinioni dei giureconsulti son divise. Alcuni ⁵⁷) sostengono che anche in tal caso i nipoti siano da considerare come tali che prendono il posto del loro defunto padre o della loro defunta madre; quindi la quantità della legittima non dovrebbero calcolare in base al numero dei nipoti, se anche fossero cinque o più, ma ammonterebbe soltanto al terzo della eredità, che sarebbe spettata loro *ab intestato*. Ma i più, soprattutto i pratici ⁵⁸), credono che nel caso che vi siano nipoti soltanto per parte di un unico figlio, l'ammontare della loro legittima debba calcolarsi per capi e quindi, secondo il numero loro, ascenderebbe al terzo o alla metà di ciò che avrebbe ereditato *ab intestato* dal loro avo. Tale opinione fonda su questo che nel caso ricordato non ha luogo *ab intestato* una *successio*

⁵⁶) Franc. BALDUINUS in *Commentar ad Nov. XVIII* (in *Iurisprud. Rom. et Attica* tom. I pag. 1215). — VOET, *Comment. ad Pand. h. t.* § 48. — Pet. GÜDELINUS, *Commentar. de iure novissimo* lib. II cap. 7 pag. 69-70. — Orto. WESTENBERG, *Diss. III de portione legitima*. Cap. III § 3. — de BERGER *Oecon. iuris* lib. II tit. IV th. 16 nota 4. Frat. BECMANN in *Consil. et Decision.* P. II *Consil.* XLVII num. 9 pag. 34. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II, § 1713.

⁵⁷) VOET, l. c. — Lud. God. MADIHN, *Princip. iur. Rom. de successioib.* § 145 nota b. — HOFACKER, l. c. — SIEBENKEES, *vom letzten Willen* § 34. — Lud. Fries. GRIESINGER, *Commentar über das Württembergische Landrecht* vol. 6 § 93 pag. 398.

⁵⁸) FRANZKIUS *Comment. in Pandect. h. t.* num. 31. — LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pandect. h. t.* § 91. — STRYK, *de cautelis testamentor.* cap. XVII membr. I § 22. — CARPZOV, *Jurisprud. for.* P. III Const. XII Definit. II. — BERGER, c. 1. pag. 399 edit. Haubold. — MANZ, *Tr. de legitima qu.* V num. 6. — WESTENBERG, *Diss. cit.* cap. III § 2. — MERLINUS, *Tr. de legitima* lib. I tit. IV Qu. 3. — LUDOVICI, *Doctr. Pandectar. h. t.* § 6. — RÖSLIN, *Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils* parte II § 12. — Jo. Christ. Aug. HÜPEDEN, *Diss. de nepotum quorundam in legitima ab avo institutorum cum reliquis diversorum liberorum iam defunctorum descendantibus mediatis concurrentium portione legali eiusque computatione* Marburgi Cattor. 1769 § 28.

in stirpes, ma *in capita* e la legittima deve sempre calcolarsi in rapporto alla successione intestata ⁵⁹⁾. Ma l'obiezione del VOET ⁶⁰⁾, che tuttavia il padre di questi nipoti non avrebbe ricevuto che la terza parte se fosse stato istituito nella legittima e che i nipoti di una stirpe non potrebbero ricevere più della quota a questa spettante, è veramente considerevole. Da tutto ciò derivano le seguenti regole per calcolare esattamente la legittima.

I. Per sapere a quanto ammonta la legittima deesi anzitutto verificare quanto avrebbe ricevuto per sua quota l'erede necessario se il defunto non avesse fatto testamento ⁶¹⁾. Quindi

II. per stabilire l'ammontare della legittima e se l'erede necessario possa pretendere il terzo o la metà della sua quota *ab intestato* non solo debbono esser calcolati coloro cui spetta effettivamente la legittima, ma anche tutti coloro che in caso di successione intestata sarebbero stati coeredi, se anche per la loro persona non sono autorizzati a pretendere legittima alcuna ⁶²⁾. Ciò è conseguenza necessaria del principio che la legittima è soltanto una parte della porzione *ab intestato*. Non si ha alcun riguardo se queste persone che in un coi legittimari hanno un egual diritto di successione intestata siano state o no insieme istituite eredi nel testamento, purchè soltanto non siano state escluse per una causa, che le avrebbe pur resi incapaci di succedere *ab intestato* ⁶³⁾. Secondo questi principi son da decidere le questioni molto controverse se i figli diseredati e così pure coloro che durante la vita dei genitori sono stati tacitati o hanno ricusato l'eredità si debbano computare nel calcolo e nella

⁵⁹⁾ BOEHMERI, *Position. de successione ab. int.* cap. II membr. I § 29, e la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* §§ 31 e 99 4 pag. 288.

⁶⁰⁾ *Comm. ad Pand. h. t.* § 48 pag. 305.

⁶¹⁾ WÖLTARS, *Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit* (Halle 1785 8) § 266 pag. 404.

⁶²⁾ STRUV, *Syntagm. iur. civ.* Ex. X Th. 32. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* vol. II § 913 pag. 133.

⁶³⁾ Si hanno in tutto motivi di esclusione che rendono incapaci pure di succedere *ab intestato*. Essi ricorrono riguardo ai figli nella Nov. 115 cap. 3 §§ 9, 12 e 14, riguardo ai genitori nella Nov. cit. cap. 4 §§ 4, 6, 7 e 8, e riguardo ai collaterali nella Nov. 22 cap. 47. Vedi la mia *Dissertat.* § 13 nota 94 pag. 125.

determinazione della legittima dei rimanenti figli in essa istituiti: del che tratterò a lungo nel § 549 *o*).

III. Essendo la legittima soltanto una parte della quota *ab intestato*, deriva spontaneamente da ciò, che sì nel fissarla, sì nel dividerla debbono essere applicate appunto le regole che valgono nella eredità intestata riguardo alla successione per capi, per stirpi, per linee ⁶⁴) ^h). Inoltre

IV. è pure da osservare che pel calcolo dell'ammontare della legittima si deve aver riguardo al momento della morte del relinquente. Ciò non vale soltanto

1) quando trattasi di stabilire il patrimonio, su cui dee essere calcolata la legittima. Qui si prende semplicemente a considerare a quanto ammontava il patrimonio quando il relinquente morì ⁶⁵) ⁱ). Un posteriore accrescimento che l'eredità riceve torna in vantaggio dell'erede necessario, così come a suo danno una posteriore accidentale diminuzione. Entra qui l'analogia della quarta falcidia ⁶⁶). Ma anche

2) quando si tratta di determinare il numero delle persone in base a cui devesi calcolare l'ammontare della legittima. Quando pertanto il defunto lascia cinque figli che ha istituito nella legittima, questa è e resta la metà della loro quota *ab intestato* ove anche uno di essi sia morto subito dopo il testatore ⁶⁷). Invero quando

⁶⁴) La mia *Dissert.* sect. II § 14.

⁶⁵) L. 6 C. h. t.: *Omn quaeritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspiciunt.* — THIBAUT, *System* parte II § 913.

⁶⁶) Vedi MANZ, *Tr. de legitima* qu. 17 18 e 19. — STRUV, *Syntagm. iur. civ.* Exercit. X th. 34. — MÜLLER, *ad Eundem* c. l. nota β. — WESTENBERG, *Diss. III de portione legitima* cap. V. — LILIEN, *specim. de legitima* § 11. — THIBAUT, *System* parte II § 913, specialmente VOET ad h. t. §§ 54 e 55.

⁶⁷) Di altra opinione è veramente SCHANTZ in *Diss. de iure accrescendi*.

g) Queste due regole non sono più applicabili nel nostro diritto essendo fissata la legittima in una quota invariabile.

h) Regola pienamente valida anche nel nostro diritto. Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Suocess.* IV pag. 46.

i) Cfr. *Cod. civ. it.* art. 822 seg.

GLÜCK, *Comm. Pandect.* — Lib. V.

si fa questione della determinazione delle quote ereditarie si deve sempre riferirci al momento in cui l'eredità fu deferita ⁶⁸⁾. Da questo istante la legittima è determinata legalmente nel suo ammontare, il quale, per l'avvenuta morte di un coerede, non può essere aumentato o diminuito ⁶⁹⁾. Da ciò scaturisce anche infine

V. che nel calcolo della legittima degli eredi necessari non ha luogo alcun *ius accrescendi* se anche sparisce uno degli eredi necessari istituiti nella legittima e ricusa la sua porzione o muore prima dell'adizione della eredità; ma la porzione vacante rimane all'erede ⁷⁰⁾. Ciò insegna la natura della legittima che è sempre un terzo o la metà di ciò che l'erede necessario avrebbe ricevuto per sua quota sull'eredità *ab intestato*. Dipiù non ha diritto di pretendere l'erede necessario ⁷¹⁾. Qui entra in vigore il principio, in base al quale il diritto di accrescimento non riesce vantaggioso a coloro il cui diritto ereditario è ristretto dalle leggi ad una determinata porzione, in quanto cioè abbiano già completamente ricevuta questa quota di eredità ⁷²⁾ ^{k)}.

Questi crede che la legittima non resti qui della metà, ma ammonti adesso soltanto ad un terzo. Ma senza fondamento.

⁶⁸⁾ § 6 I. *de legit. agnat. success.* L. 2, § 6, D. *de suis et legitim. hered.* [38, 16]. L. 1 § 6, D. *Unde cognati* [38, 8]. — KOCH, *de success. ab intestato* § 45 pag. 104.

⁶⁹⁾ *Henr. COCCEJI, Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt* sect. II num. 19.

⁷⁰⁾ Si veda qui specialmente COCCEJI *Diss. cit.* sect. II num. 20 seg.

⁷¹⁾ Veramente affermano il contrario *Ant. MATTHEUS de successioib.* cap. XVIII Th. 7. — BERLICH, *Conclus. pract.* parte III. *Concl.* 12 num. 9. — CARPZOV, parte III. *Const.* X def. 12 num. 5. — SCHAUMBURG, *Comp. iur. Dig. h. t.* § 5, e MADIHN, *Princip. iur. Rom. de successioib.* § 145. Si confronti anche L. 17, L. 23 § fin. D. h. t.; L. 3 § fin. D. *de bon. poss.* [37, 1]; L. 10 § 4; L. 12. D. *bon. poss. contr. tab.* [37, 4]; L. 1 § 5 D. *de coniung. cum emancip. lib.* [37, 8]; L. 4 § 2 D. *de bon. lib.* [38, 2]; L. un. §§ 10 e 14, C. *de cad. toll.* [6, 51]; L. un. C. *quando non pet. port. potent. aderesc.* [6, 10]. Novella 22 c. 21. Ma in questi passi non si fa parola della legittima e del suo cómputo come ha dimostrato COCCEJI in *Diss. cit.* Sect. III num. 6 seg. Si confronti pure *Sam. de COCCEJI, ius civ. contro. h. t. quaest. XVIII* pagina 458 tom. 1 (*edit. Emminghaus*), e LILIEN *Spec. de legitima* § 14.

⁷²⁾ L. 6 pr. D. *de bonor. possess.* [37, 1]. — WESTPHAL, *Diss. de iure accre-*

k) La porzione legittima è oggi fissata invariabilmente senza riguardo al numero

§ 545.

Origine della legittima.

Intorno all'origine della legittima i giureconsulti sono di disparato avviso ⁷³⁾. Alcuni la ricercano nel diritto scritto dei Romani. Questi si dividono nuovamente, poichè gli uni ritengono con CUIACIO ⁷⁴⁾ la *Lex Glicia* qual fonte da cui debbasi derivare l'origine della legittima, gli altri con GOVEANO ⁷⁵⁾ la *Lex Falidia*, altri ancora ⁷⁶⁾ le costituzioni imperiali e specialmente una costituzione dell'imperatore MARCO ⁷⁷⁾. Ma tale opinione che la legittima debba la sua origine al diritto scritto dei Romani è oggi rigettata dalla maggioranza. Di una *Lex Glicia*, che, secondo il CUIACIO, deve essere stata promulgata da un dittatore, M. CLAUDIO GLICIO nell'anno 504 di Roma, non trovasi la più piccola traccia in tutta l'antichità romana. Già la iscrizione della L. 4 D. h. t. GAIUS, *lib. singulari ad*

scendi inter coheredes cap. I § 5 num. IX e la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 40 num. II pag. 106.

⁷³⁾ Una fondamentale ricerca trovasi a questo proposito in ZEPERNICK, *Historia iuris civilis de legitima portione parentum praes. Dan.* NETTELBLADT def. (Halae 1773).

⁷⁴⁾ *Observation.* lib. II cap. 21 e in *Papinian.* lib. XIV ad L. 15 D. *de inoff. testam.* Con lui concordano GRAVINA, *de legibus et Sctis* cap. 80. — TERRASSON, *Histoire de la Jurispr. rom.* pag. 125, e Dion. GOTHOFREDUS, ad L. 4 D. *de inoff. testam.*

⁷⁵⁾ Lib. II *Lection.* cap. 2. — Franc. DUARENUS in *Comm. ad hunc tit.* cap. XVII in fine *Oper.* pag. 187. — Claud. CHIFLETIUS, *de portionibus legitimis* cap. 3. — Jan. a COSTA, ad lib. I *de inoff. testam.* § 6. — Ant. SCHULTING *ad Pauli Rec. sent.* lib. III tit. 8 § 3. — Jo. van de WATER, *Observat. tur. Rom.* lib. I cap. 11. A questa opinione accede anche HELLFELD.

⁷⁶⁾ *Jul. a BEYMA, de legitima* cap. 1 adj. *Eiusdem Comment. de Verb. signif. et reg. iuris* (Leovard 1649).

⁷⁷⁾ *Guid.* PANCIROLUS, in *Thes. variar. Lectionum* lib. I cap. 39 (in *Iurispr. Rom. et Aethi.* tom. II pag. 983).

degli aventi diritto; quindi (arg. art. 807 *Cod. civ.*) la parte che sarebbe eventualmente spettata all'uno profitta all'altro che può raccogliere così la totalità della legittima. Ma non si può parlare esattamente di diritto di accrescimento.

legem Glitiam deve porre in sospetto in ciò se anche la diversità della lezione citata da CORNELIO *van BYNKERSOEK* ⁷⁸⁾ non rendesse già dubbiosa in sè stessa la genuinità di quella iscrizione. Se veramente GAIO avesse scritto un commento sopra la *Lex Gliaia*, sarebbe per lo meno incomprendibile perchè i compilatori delle Pandette ne avessero estratto soltanto quest'unico passo, che neppure ha importanza; ancor meno poi si comprenderebbe come GIUSTINIANO avesse potuto nelle sue Istituzioni passar sopra col silenzio ad una legge così importante, se mediante questa fosse stata introdotta l'azione d'inofficiosità accanto alla legittima ^{a)}. Del pari non si può attribuire l'origine della legittima alla *Lex Falcidia* o ad altra più recente costituzione imperiale, poichè quella perdesi senza dubbio già nei tempi della repubblica romana ⁷⁹⁾. Come avrebbe potuto ULPIANO ⁸⁰⁾ argomentare dalla falcidia alla legittima? La legge falcidia dette soltanto occasione a determinare l'ammontare e il carattere della legittima. Da ciò deriva che la *legittima* è chiamata nelle leggi anche *falcidia* ⁸¹⁾.

La maggior parte dei giureconsulti deriva quindi con più fondamento l'origine della legittima dal diritto consuetudinario romano. Ma anche qui discordano di bel nuovo le opinioni, quando si ha riguardo alla più esatta indicazione della fonte medesima. Alcuni ascrivono l'origine all'*auctoritas prudentum*, altri ⁸²⁾ ai *mores*, o al diritto consuetudinario innominato. Coloro che sostengono la prima tesi si dividono di nuovo in due partiti; alcuni ⁸³⁾ credono che i

⁷⁸⁾ *Observation. iur. Rom.* lib. II cap. 12.

⁷⁹⁾ ZEPERNICK, cit. *Historia* cap. I § 4 pag. 7.

⁸⁰⁾ L. 8 § 9 D. h. t.

⁸¹⁾ Si veda WESTENBERG, *Diss. I de portione legitima* cap. 3.

⁸²⁾ Fr. HOTMANNUS, *de quarta legitimar.* cap. I § 1 — Hug. DONELLUS, in *Commentar. iuris civilis* lib. XIX cap. 4, e WESTENBERG, *De portione legitima* Diss. I cap. 4.

⁸³⁾ Frid. Gothofr. SCHLEGTENDAL, *Diss. de originibus legitimae ad imitationem legis Falcidiae interpretatione Prudentum introductae* (Teutoborgi 1752).

a) Secondo il RUDORFF, *Röm. Rechtsg.*, I pag. 59, la supposta *lex gliaia* non può essere che la *lex falcidia*. È questa, si può dire, l'opinione che può accogliersi a preferenza di ogni altra, quando anche non si voglia assolutamente credere ad un errore

giureconsulti romani abbiano inventato la legittima mediante la interpretazione della legge falcidia; altri ⁸¹⁾ invece sostengono che la legittima sia stata introdotta per mezzo dell'autorità dei giureconsulti già ai tempi della repubblica e che soltanto la determinazione dell'ammontare della medesima in un quarto della porzione *ab intestato* sia avvenuta per imitazione della quarta falcidia. Quest'ultima opinione ha per sè la maggioranza ^{b)}. È certo che i giureconsulti romani ritrovarono la legittima come mezzo e cautela per garantire i testamenti dei cittadini contro la querela d'inofficiosità e così limitare l'abuso di quest'azione ⁸⁵⁾ c).

⁸⁴⁾ ZEPERNICK, cit. *Historia de legit. portione* cap. I § 8. — MÖLLER, *Lehre vom Pflichttheil* parte I § 7. — La mia *Diss. de constit. legitimae portionis parentum quantitate* sect. I § 5.

⁸⁵⁾ Quindi, dice ULPIANO, L. 8 § 8 D. h. t.: *Quarta debita portione sufficit ad excludendam querelam*. Add. L. 5. L. 7 Cod. *de inoff. test.*

di scrittura che avrebbe convertito in *gloria* la *lex falcidia*, come asserisce il LANGE, *Röm. Alterthüm.*, II § 132 pag. 662.

b) Questa è l'opinione pur sempre accettabile. Sembra infatti che solo ai tempi di CICERONE si cominciò a credere contrario al sano intelletto umano di non lasciar niente ai propri parenti stretti (CICERO in *Verr.*, I c. 42; VALEB. MAX., VII c. 7 §§ 2-6, c. 8 §§ 1, 2, 4; PLIN., *Epist.*, V 1, VII 33), e che la giurisprudenza e l'uso forense non solo siano stati la fonte della legittima, ma anche per molto tempo non vi siano state norme espresse in proposito di diritto civile o pretorio. Negli stessi sistemi dei giureconsulti romani, come in quello di GAIO e di ULPIANO, non pare accolto il diritto della legittima. Cfr. VERING, *röm. Erbrecht.*, pagine 387 e 389.

Un'interessante riprova dell'età relativamente recente della legittima si ha nell'antica prevalenza in Roma della successione intestata sulla testamentaria. In PLAUTO (alle cui commedie si può attingere luce per la storia delle dottrine giuridiche romane) la successione testamentaria ci si presenta ancora come eccezionale. Manca in quello scrittore ogni traccia di un mezzo giuridico per chiedere l'invalidazione d'un testamento che senza giusto motivo si allontani dall'ordine della successione legittima. Così in PLAUTO non vi è accenno alla *querela inofficiosi testamenti*, nè al collegio centumvirale che la introdusse e la elaborò. Cfr. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, pagine 232-233. La migliore storia, esposta a brevi ma precisi tratti, del diritto ereditario necessario romano e dell'origine della legittima e della *querela inoff. test.* è in KOEPPEN, *System des heutig. röm. Erbrechts*, Introd. pagine 96-160.

c) Nella storia del diritto italiano la legittima ci si presenta come una delle tante dottrine romane pervadenti a poco a poco i diritti barbarici e trionfanti sugli statuti, per divenire poi diritto comune. Ed a questo trionfo dei principii romani sulla legittima dettero opera non solo i glossatori nostri, ma già prima di loro i giuristi longobardi. La legittima, come è noto, implicando la supremazia della volontà del testatore nella trasmissione dei propri beni, fu estranea a un diritto come il germanico

che credeva esser la qualità di erede indipendente dalla volontà umana. Tuttavia noi vediamo che presso di noi i principi della legittima romana a poco a poco filtrano nei diritti barbarici, come nel longobardo e nella legislazione carolingia. Anche allora troviamo che la legittima diceasi *faloidia*. Non sembra tuttavia che dapprima incontrasse favore in Italia, permettendo le leggi di testare a piacimento purchè non fossero preteriti i figli. A poco a poco però la legittima prima venne accolta in favore dei maschi, indi delle femmine, ma si tace di quella degli ascendenti. Cfr. PERTILE, *Storia del dir. it.*, IV pag. 101 seg.

Già vedemmo sopra come la Glossa ammettesse una generale interpretazione della Nov. 18 riguardo alla legittima e alle persone dei legittimari.

Nella nostra giurisprudenza dei secoli scorsi non v'ha dubbio che la legittima è un istituto normale del diritto successorio regolato nella massima parte dai principi romani.

« *Legittima nil aliud est, dice il SABELLI, Summa div. tract., III § legittima n. 1, quam portio quaedam donorum a lege determinata, quam habebat defunctus tempore mortis iure debita personis pariter a lege determinatis* ». E lo stesso trattatista computa secondo i principi del diritto romano.

Si era anche pressochè d'accordo fra i diversi trattatisti e decidenti che la legittima *omn. debita sit a iure naturae et divino non potest per statutum in totum auferri sed tantum diminui*. Cfr. MERLIN, *De legitima*, lib. 3 tit. 1 quaest. 1 n. 1 seg., lib. 5 tit. 1 quaest. 6. E ciò anche riguardo agli ascendenti. Tuttavia si ammetteva che potesse essere tolta da uno statuto per qualche particolare motivo, ad esempio, per conservare l'agnazione, o quando in sua vece fossero accordati gli alimenti, o la dote. GRATIAN., *Discept. for.*, cap. 300 n. 1 seg.; MICHAELORI, *Tr. de fratribus*, parte 3 cap. 4 n. 12, e anche MERLIN, *De legitima*, lib. 3 tit. 1 quaest. 1 n. 15. Si disputava pure se la legittima potesse essere proibita dal principe. MOLINA, *De primogen.*, lib. 2 cap. 1 n. 14. È certo però che dove le femmine erano escluse per disposizione statutaria dalla successione, secondo l'opinione più comune ritenevansi parimente escluse dalla legittima. SABELLI, l. c. n. 22. Cfr. anche più sotto.

Ma gl'istituti tutti e anche quelli del diritto familiare e successorio furono sottoposti a critica sotto un aspetto razionale ed economico, nè bastò più per certo a legittimarli la loro origine storica e la loro secolare esistenza nel diritto comune sino ai moderni codici. Malgrado le discussioni suscitate dall'istituto della legittima nel seno delle Commissioni legislative che prepararono il Codice napoleonico, non si può dire che dominasse una corrente del tutto avversa a quello. Riguardo alla legittima dei discendenti, BIGOT-PRÉAMENAU esclamava: « i genitori che hanno dato l'esistenza naturale non debbono aver la libertà di fare arbitrariamente perdere, sotto un rapporto tanto essenziale, la vita civile: e se debbono restar liberi nell'esercizio del loro diritto di proprietà, debbono del pari adempiere i doveri che la paternità loro ha imposti verso i figli e verso la società ». *Esposizione dei motivi, etc.* (LOCRÉ, V pag. 315). Così per la legittima degli ascendenti si riconobbe che trattavasi di un dovere di pietà filiale. Tuttavia il Codice napoleonico fu soggetto a critiche per aver conservato l'istituto della legittima, e la difesa si può vedere anche in LAURENT, *Principii di diritto civile* (trad. TRONO), XII pag. 6 n. 6.

Pel Codice civile italiano non si può certamente negare che la storia non parlasse a favore della conservazione della legittima, e fu in questa occasione che lo HUC, *Le Cod. civ. it. et le Cod. napol.*, pag. 199 seg. fece pure una difesa razionale della medesima che, per quanto contenga argomenti forse in parte antiquati, è tuttora del più grande interesse. Giova farne un breve cenno. Le obiezioni contro la legittima sono principalmente le seguenti: 1.^a il carattere assoluto del diritto di proprietà deve avere per conseguenza l'assoluta libertà di testare; 2.^a il diritto alla legittima è diminutivo dell'autorità paterna; 3.^a la legittima è di ostacolo alla grande cultura e allo svolgi-

mento della grande industria a causa delle divisioni in natura che essa rende periodicamente necessarie.

Lo HUC confuta egregiamente queste obiezioni. Invero si può anche aggiungere che il diritto di proprietà è oggi meno che mai un diritto egoistico e non temperabile in qualche aspetto a causa dell'interesse sociale, il quale certamente dovrà far sentire la sua efficacia anzitutto per coloro che più sono stretti da vincoli di sangue col testatore. L'assoluta libertà di testare si risolverebbe in un arbitrio cieco a favore di estranei senz'alcun interesse sociale, che parla anzi in favore di una equa e razionale permanenza dei beni entro ciascuna famiglia. Dall'impoverimento delle famiglie derivano i più disastrosi effetti per la morale e per la società. E se è triste lo spettacolo dei figli che consumano nell'ozio e nella dissipazione il patrimonio paterno, niuno può negare che alla nostra coscienza morale e giuridica ripugna del pari lo spettacolo dei figli esclusi totalmente senza legittimo motivo dal godimento delle sostanze paterne, devolute invece ad estranei. Nè questo sentimento di ripugnanza è estinto dal considerare che il padre ha già provveduto al mantenimento e all'educazione del figlio. Onde a ragione è stato detto che l'assoluta libertà di testare dei padri riguardo anche ai figli, costituirebbe un vero regresso sino al rigoroso principio delle XII Tavole, giustificato allora da una società, dove avevansi tutt'altre idee sull'organismo della famiglia e sulla patria potestà. Lo stesso poco valore presenta la seconda obiezione che coll'imporre al padre l'obbligo della legittima, si distrugge la sua autorità. Questa infatti non deve confondersi con la illimitata patria potestà dell'antico diritto romano; è piuttosto un dovere che non vien meno con la maggiore età del figlio. E rimane poi al padre la quota disponibile, con la quale esso può riparare alle diseguaglianze fra i figli ed appagare entro certi limiti le proprie predilezioni.

Quanto alla terza obiezione, non si potrà certo ritenere che lo accumularsi del patrimonio in uno dei figli o in un estraneo sia un vantaggio economico. Con l'abolizione dei fedecommissi si è voluta l'equa ripartizione dei beni fra tutti i figli, e a ciò contribuisce anche l'istituto della legittima. L'idea delle grandi masse di beni concentrate in pochi individui è omai surrogata dall'altra della libera e celere commerciabilità dei beni stessi e del loro frazionamento. Lo Stato medesimo ha oggi per suo compito di procurare a tutti, nei limiti del possibile, una qualche eguaglianza di fatto che è la più solida base dell'eguaglianza di diritto. E se d'altra parte la civiltà moderna ed il suo grande svolgimento economico reclamano grandi capitali, e la piccola industria tende ad essere soffocata dalla grande industria, è noto che i grandi intenti possono oggi raggiungersi egregiamente dal capitale associato o collettivo meglio che dal grande patrimonio di un singolo individuo. Non sembra dunque che la legittima sia davvero produttrice di dannose conseguenze economiche.

Quanto al vero fondamento razionale e giuridico della legittima, lo HUC, l. c., non lo ritrova nell'obbligazione alimentare perpetuata dopo morte di coloro che debbono gli alimenti, perchè in tal caso potrebbe ridursi alla proporzione di semplici alimenti. Neppure aderisce all'idea del GIDE che, secondo il Codice civile italiano, si tratterebbe di una trasformazione in obbligazione civile dei doveri imposti dalla natura, perchè, ammesso ciò, non vi sarebbe rapporto alcuno tra la legittima e la qualità di erede. Eppure, secondo il nostro diritto, chi rinuncia alla qualità di erede non può reclamare alounehè a titolo di legittima (art. 808 cfr. con 1003). Soltanto riguardo ai figli naturali la legittima parteciperebbe della natura dei diritti di eredità. Lo HUC trova piuttosto il fondamento della legittima nelle condizioni stesse di esistenza della famiglia, cioè la proprietà individuale, il matrimonio indissolubile, la trasmissione dei beni assicurata dalla riserva. Ma qui, prescindiamo dal discutere i singoli punti, potrà ravvisarsi il fondamento razionale o filosofico del diritto alla legittima. Bisogna pur dare al medesimo anche una base giuridica. Non sembra quindi inesatto il ritenere che con la legittima nostra, come credeva anche il GIDE, si siano voluti riconoscere come

§ 546.

III. — *Privilegi legali della legittima* ^d).

La legittima è da riguardare come un'obbligazione legale. Quindi

obbligazioni civili i doveri che scaturiscono dagli affetti domestici che la natura impone. Così anche il LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile*, III pag. 96. Anche secondo il diritto romano una *ratio naturalis*, una specie di *lex tacita*, ossia un'obbligazione derivante dal fondamento stesso di natura, fa sì che ai figli spetti l'eredità paterna. L. 7 D. *de bonis damn.*, 48, 20. E un testamento ove gli eredi necessari sono indebitamente trascurati è *inofficiosum*, cioè contrario al dovere morale che ha qui, come vedesi, un'efficacia giuridica. È insomma una trasformazione del dovere morale in obbligazione giuridica. Nè da ciò scaturisce necessariamente che la legittima si trasformi in un diritto di credito. È piuttosto per noi l'obbligazione d'istituire talune persone in una quota d'eredità.

Nella nostra antica giurisprudenza l'idea che la legittima sia un'obbligazione legale trovasi persino esagerata. Mentre infatti già BALDO (seguesdo l'idea del diritto canonico che la legittima sia un debito dell'eredità, c. 16 X *de testamentis*) insegnava che era un *debitum iure naturae*, e scriveva: *quarta debita iure naturae est potentior quam Falcidia et Trebellianica* (ROSSIET, *Dogmengesch.*, pagine 372-73) un autorevole trattatista quale il DE LUCA, che si può considerare come modello per l'esposizione del diritto comune secondo che era accolto in Italia, professava una dottrina del tutto diversa. Per lui la questione se la legittima sia dovuta per legge di natura o per legge civile e se si possa proibire dal principe o da altri che abbia facoltà eguale « servono solamente per le scuole e per le accademie all'effetto di esercitare l'ingegno de' giovani ». Se infatti, segue esso, fosse dovuta per legge di natura, la legge positiva non avrebbe potuto far distinzioni tra maschi e femmine e simili. *Dott. volg.*, lib. IX c. 1 n. 2. Quindi per lui è senz'altro un debito indotto dalla legge civile. Ivi, n. 3. E neppure si può far distinzione, come vorrebbero alcuni dottori, tra la legittima dei discendenti e quella degli ascendenti in modo che la prima sia per ragione di natura e l'altra sia per ragione positiva. Quindi ribadisce che come un beneficio è stato introdotto da una legge civile, si può togliere da un'altra, e deride coloro che si affaticano intorno alla questione se la legittima può esser tolta da leggi e da statuti, op. cit. lib. IX, cap. 4 n. 2. Ma non si può dire che qui il dotto cardinale esprima l'opinione della maggioranza dei nostri trattatisti. Certamente le arbitrarie distinzioni e limitazioni nel seno della famiglia potevano giustificare il semplice carattere di obbligo creato dalla legge positiva, dove invece ricorre piuttosto il riconoscimento di doveri che derivano dal vincolo del sangue e dall'istituto stesso della famiglia. E questa fu pure l'idea dei compilatori del nostro Codice. Cfr. *Relaz. PISANELLI sul lib. III del progetto di Codice civile nella Raccolta dei lavori preparatori del Codice civile del regno d'Italia* (Palermo 1863), I pag. 62.

^d) Anche questo concetto dei privilegi della legittima fa parte della nostra antica giurisprudenza, ove troviamo la massima che quella « est portio favorabilis et a legibus multis decorata privilegiis ita ut sit etiam magis favorabilis et privilegiata quam Ecclesia et pia causa ex sententia D. Augustini ». Cfr. LUDOVISI, *Dec.*, 539; SABELLI,

A) a coloro cui spetta per legale necessità deve essere lasciata senz'alcun peso o modalità ⁸⁶⁾. Perciò non è lecito

1) aggiungere ad essa una condizione od un termine ^{e)}, nè può essere gravata con un fedecommesso. Se ciò avvenga, secondo il più recente diritto romano il testamento non è invalido, ma il peso imposto alla legittima si ha per non scritto ⁸⁷⁾. Secondo il più

⁸⁶⁾ STRYCK, *Diss. de gravamine legitima*. — DAEGNER, *Diss. de onere legitima*. — De SENCKENBERG, *de gravamine in legitima*.

⁸⁷⁾ L. 32 Cod. h. t.: *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur: hoc in praesenti addendum esse censemus: ut si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur: ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio, moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.*

Summa, § *legitima*, n. 40. Nel nostro Codice civile l'art. 808 dispone: « La porzione legittima è quota di eredità; essa è dovuta in piena proprietà e senza che il testatore possa imporvi alcun peso o condizione ».

Questo principio non si può dire che sia una novità introdotta da GIUSTINIANO, ma esso formò tal principio nel modo più assoluto. Le sue modificazioni ebbero il duplice scopo: in parte di assicurarne, fin dove è possibile, la validità delle disposizioni di ultima volontà, in parte d'impedire che il diritto alla legittima venisse offeso anche in via indiretta. MÜHLENBRUCH, *Contin. del Glück*, XXXV pagine 323-24 del testo tedesco. Nel precedente diritto i pesi apposti alla legittima non erano *ipso iure* nulli, ma aveva luogo per essi la *querela inoff. testam.* FRANCKE, *Recht der Notherb.*, pag. 245. Cfr. KOEPPEN, op. cit. pagine 143-44.

Quanto poi alla Nov. 115, fondamentale nel nostro argomento, non scaturì da un concetto di riforme ideate senz'altro dall'imperatore, ma piuttosto (vedi Nov. cit. cap. 5) da un caso singolo devoluto alla sua cognizione.

e) Tale è il principio anche del diritto nostro. E si debbono intendere esclusi anche ogni termine ed ogni dilazione. Ma ci si deve guardare da una esagerazione del principio come se la legittima fosse una quota di eredità che non ammettesse assolutamente alcun gravame. Potrebbe darsi infatti che il padre avesse acquistato i beni già gravati, o come proprietario li avesse vincolati in qualche modo. Tali pesi restano sulla legittima essendo appunto una quota di eredità; soltanto la disposizione di ultima volontà del padre non potrebbe imporre di nuovi.

Del pari i pesi e i carichi della successione, com'è naturale e già era inconnosco anche nei trattatisti antichi, gravano la legittima come il resto dell'eredità. E sarebbe una pretesa inammissibile se i legittimari chiedessero la loro parte libera di ogni aggravio. In tal riguardo sono veri coeredi e si pareggiano agli eredi testamentari. BOS-SARI, *Comm. al Cod. civ.*, § 1733.

antico diritto romano esisteva una grande differenza tra il caso che l'erede necessario fosse stato istituito sotto una condizione casuale e quello che gli fosse stata imposta una condizione il cui adempimento fosse del tutto dipendente dalla sua volontà. Nel primo caso il testamento era nullo, se nell'ipotesi contraria non fosse stata espressamente aggiunta la diseredazione⁸⁸⁾, e anche in questo caso doveva pure decidersi durante la vita del figlio se la condizione si realizzava o no. Infatti morendo il figlio *pendente conditione*, esso durante la sua vita non era stato istituito erede, nè diseredato; quindi pretermesso e per conseguenza il testamento diventava invalido⁸⁹⁾. Nell'ultimo caso invece, quando alla istituzione di un erede necessario era stata aggiunta una condizione potestativa, il testamento era valido, senza che per l'ipotesi contraria fosse necessaria una diseredazione. Tale condizione doveva essere adempiuta anche quando l'erede necessario era un *suus heres*⁹⁰⁾. Veramente le leggi delle Pandette parlano soltanto di figli che erano tuttora sotto la patria potestà del defunto: per le figlie e i nipoti la cosa era diversa. Queste persone potevano essere validamente istituite sotto ogni condizione, fosse casuale o potestativa, nè era necessaria una diseredazione per la ipotesi contraria, non producendo la loro preterizione alcuna invalidità del testamento, ma facendo luogo soltanto all'*ius acorescendi*⁹¹⁾. Ma tutta questa distinzione venne meno dacchè fu stabilito il principio che gli oneri imposti alla legittima si hanno a ritenere come non scritti. Anche una condizione potestativa non deve più essere adempiuta per ciò che essa riguarda la legittima; parimente la condizione casuale sotto cui un erede necessario è stato istituito, non rende invalido il testamento, sia fatta o

88) L. 83 D. *de condition. et demonstr.* [35, 1]; L. 86 D. *de heredibus instituend.* [28, 5]. — V. Ios. FINESTRES, *Praelectiones Oervariens. s. Commentarii ad tit. Pandect. de liberis et postumis* parte III cap. II §§ 11-14.

89) L. 28 pr. D. *de lib. et post.* [28, 2]. Si veda sopra questo passo specialmente FINESTRES, loc. cit. § 16 seg. pag. 82 seg., e WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 411.

90) L. 4 pr. D. *de heredib. instituend.* L. 86 pr. D. *eodem.* — WESTPHAL, loc. cit. § 405. — FINESTRES, loc. cit. §§ 4-10 pag. 75 seg.

91) FINESTRES, loc. cit. § 20 seg.

no una diseredazione per la ipotesi contraria. Infatti la legge parla espressamente di tutte le specie di condizioni e il suo scopo che il testamento resti in vigore quando del resto potrebbe essere attaccato, pone ciò fuori di ogni dubbio ⁹²⁾ f). Siccome nella legittima non può aver luogo neppure alcun differimento a cagione di termine, potrebbe sorgere questione sul modo di regolarsi nel caso che taluno abbia nominato erede un *extraneus* ed a questo abbia imposto di restituire l'eredità agli eredi necessari o dopo la sua morte o dopo il decorso di un determinato tempo. GIUSTINIANO decide tal caso in una nuova costituzione ⁹³⁾ in questo senso che debba essere imme-

⁹²⁾ V. Guil. RANCHINI, *variae Lectiones* lib. III cap. 7. — WESTPHALS *Lehre des röm. Rechts von Testamenten* § 404 pag. 300, e GEIGERS e GLÜCK, *merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen* vol. 2 num. XXVI § 6 pag. 12 seg. Molti giureconsulti son tuttavia dell'opinione che quelle più antiche leggi non siano da ritenere come assolutamente abolite con la L. 32 C. h. t., ma che un testamento sia nullo e invalido almeno nel caso che ivi sia istituito un *suus heres*, vuoi un figlio, una figlia, un nipote, sotto una condizione casuale, che non dipende da lui, senza essere diseredato nel caso contrario; perchè la L. 32 non parla di tali casi nei quali il testamento sia nullo. L. 4 C. *de institut.* [6, 25]. Vedi FINESTRES, cit. *Praelectiones* parte III cap. II § 11. — DONELLUS in *Commentar. iur. civ.* lib. VI cap. 12. — DUARENUS *ad Tit. Dig. de inoff. test.* cap. 4. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect. Tit. de conditionib. institut.* § 4. — VINNIUS, *Comment. ad § 9 I. de heredib. instituend.*, e specialmente HÖPFNERS *Commentar über die Heineccischen Institutionen* § 491 nota 8.

⁹³⁾ L. 36 § 1 Cod. h. t.: *Cum quis extraneo herede instituto, restituere eum filio suo hereditatem suam, cum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit, quia nostra constitutio, quas antea composita est, omnem dilationem, omnemque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura mox filio restituatur: in huiusmodi specie, quid faciendum sit, dubitatur. Sancimus itaque quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari, non exspectata nec morte heredis, nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui quando testator disposuit. Sic etenim filius suam habebit portionem integram, et qualem leges et nostra constitutio definivit: et scriptus heres commodum, quod ei testator dereliquit, cum legitimo moderamine sentiet.* Rimpetto a questa chiara legge Ant. FABRO, *de Errorib. Pragmaticorum* Dec. XV Err. 1, fa senza bisogno delle difficoltà. Si veda WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 403.

f) Su tale questione è da confrontare anche MÖHLENBRUCH, *Contin. del Glück*, XXXV pagine 330-33 del testo tedesco (Ediz. ital. lib. XXVIII § 1421 d).

diatamente dato all'erede necessario tanto quanto costituisce la sua legittima senza che sia lecito aspettare la morte dell'erede fiduciario o il tempo della restituzione del fedecommesso; il restante del patrimonio deve esser restituito solo al momento che il testatore ha ordinato.

Se gli stessi eredi necessari sono stati onerati di un fedecommesso, in base al quale essi debbono restituire ad altri la eredità, non vi è compresa la legittima ⁹¹⁾. È controverso invece se debba riguardarsi pure come onere della legittima un fedecommesso reciproco che il padre abbia imposto per testamento fra i suoi figli. Molti giuriconsulti ⁹⁵⁾ lo negano pel motivo che qui ogni figlio ha la speranza di ricevere dopo la morte dell'altro la quota ereditaria di lui e che per conseguenza tale disposizione ridonda piuttosto a vantaggio che a danno dei figli. Tale opinione sembra avere a suo favore anche una costituzione dell'imperatore ALESSANDRO ⁹⁶⁾, dove dicesi: *Si pater puellae (cuius vos curatores esse dicitis) filio ex semissae, ipsa autem ex triente, et uxore ex reliquo sextante scriptis hereditibus, fidei filiorum commisit, ut si quis eorum intra viginti quinque annos aetatis decederet, superstitionibus portionem suam restitueret: praeterea uxori, ut id, quod ex causa hereditatis ad eam pervenisset, filiis post mortem suam restitueret, fideicommissit: calumniosam inofficiosi actionem adversus iustum iudicium testatoris instituere non debetis cum ex huiusmodi fideicommissaria restitutione tam matris, quam fratris eius portio ad eam poterat pervenire.* Altri ⁹⁷⁾, al contrario, credono che questa costituzione sia stata modificata dalle nuove costituzioni dell'imperatore GIUSTINIANO, cioè dalle L. 32 e 36 C. h. t. Ma gli uni e gli altri hanno torto. La legittima dei figli non può essere onerata neppure con un fedecommesso reciproco. Se pertanto un padre abbia dispo-

⁹¹⁾ L. 6 Cod. ad *SCtum Trebellianum* [36, 1]. — *Ge. Lud. BÖHMERS, Diss. de liberis fideicommissis oneratis* (Goettingae 1749) § 9.

⁹⁵⁾ FACHINAEUS, *Controvers. iur.* lib. V cap. 20. — PEREZ, *Praelect. in Cod.* h. t. num. 42. — BERLICH, *Decis.* 110. — *De SENCKENBERG, De gravamine in legitima* cap. 2.

⁹⁶⁾ L. 12 Cod. h. t.

⁹⁷⁾ VOET in *Commentar ad Pand.* h. t. § 63. — WESTPHALS *Theorie des r. R. von Testamenten* § 413 pag. 307.

sto riguardo ai propri figli che dopo la morte dell'uno, il sopravvissuto deve ricevere la quota ereditaria del medesimo, può tuttavia ogni figlio defalcare la legittima da tale fedecommissario⁹⁸⁾. A ciò non contraddice affatto neppure la L. 12 C. h. t. Ivi è semplicemente decisa la questione se contro questo testamento paterno, dove è stato ordinato un fedecommissario reciproco tra i figli, possa essere promossa la *querela inofficiorum* e a buon diritto rispondesi negativamente. Poichè senza ricordare che i figli potevano defalcare la quarta trebelliana, che ad essi spettava (assorbendo allora la legittima) anche sulla sostanza dei beni del defunto padre, senza computarvi i frutti⁹⁹⁾, i figli erano già istituiti eredi. Il dolo dei tutori nel caso della L. 12 era tanto più visibile, in quanto essi cercavano con la querela di invalidare un testamento nel quale la loro pupilla non era diseredata, ma piuttosto istituita erede nella terza parte ed oltreacciò aveva la speranza di ricevere la quota ereditaria di sua madre e di suo fratello. Siccome non facevasi alcuna questione del defalco della quarta, come quella che senz'altro per le leggi spettava ad ogni figlio, non poteva farsi nel rescritto alcuna parola di ciò; inoltre vi erano già altri sufficienti motivi per rigettare nel presente caso come infondata e inammissibile la querela dei tutori. Quindi con questa legge non si può neppure dimostrare che i figli dovessero tollerare anche riguardo alla legittima uno scambievole fedecommissario del quale siano stati gravati dal padre, quanto piuttosto è necessario ammettere con altri che la L. 12 sia stata abolita con la L. 32 C. h. t.¹⁰⁰⁾ g).

⁹⁸⁾ STRYCK, *de cautelis testamentorum*. cap. XVII membr. 2 § 17 et *de success. ab intest.* Diss. VII cap. I § 24. — a PUFFENDORF, *Observation. iuris univ.* tom. II obs. 81. — Ge. Lud. BOEHMER, *Diss. de liberis fideicommissario oneratis* § 9. — Frat. OVERBECK, *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* vol. 3 medit. 142.

⁹⁹⁾ L. 6 Cod. *ad SOTum Trebellianum* [6, 49].

¹⁰⁰⁾ Molto giustamente dice PUFFENDORF, loc. cit. § 2 pag. 352: *Quodsi L. 12 Cod. de inoff. testam. abrogata dicitur parum commode ostenditur, cur nihilominus et in Codice Iustiniani et in Basilicis quoque relata extet, cum praesertim Basilicorum auctores leges antiquatas alias neglexerint.*

g) Cfr. nello stesso senso MÜHLENBRUCH, l. c. pagine 325-28 del testo tedesco. L'e-

Del resto, in caso di un onere imposto ad un erede necessario la legittima spettante al medesimo deve essere separata dal rimanente patrimonio del relinquirente, quando pure sia stata compresa nella medesima disposizione testamentaria. Pertanto riguardo a quel patrimonio che è lasciato all'erede necessario dalla legittima infuori, può aver luogo ogni onere, dilazione, termine e condizione poichè non spetta necessariamente al titolare della legittima ¹⁾.

2) Dacchè niun onere può aver luogo nella legittima, non è valido neppur quello che al coniuge superstite taluno lasci l'usufrutto vita natural durante del proprio intiero patrimonio ed abbia istituito eredi i suoi figli nella nuda proprietà dei suoi beni. Qui deve almeno esser consegnato immediatamente ai figli tanto quanto costituisce la loro legittima ²⁾. Difficilmente si può trarre da quel

1) Nov. 117 [ZACH. 141] cap. 1. — BOEHMER, cit. Diss. § 9 princ., e WESTPHAL, § 404 pag. 300.

2) Nov. 18 [ZACH. 42] cap. 3: *Prohibemus vero, secondo HOMBERGK, etiam illud, quod et grave est, et legitimam quidem causam habet, in magnam in-*

sposizione del GLÜCK è in questa parte pienamente accettabile anche di fronte alla posteriore letteratura.

Quando anche l'erede necessario fosse istituito come unico erede, ma dovesse alla sua morte restituire l'eredità ad un terzo, la legittima resta libera dal fedecommesso ove pure il frutto dell'intiera eredità sino alla sua restituzione dovesse eguagliare la legittima ed i suoi frutti. Secondo la L. 8 § 11 D. h. t. dovrebbe essere esclusa in tal caso la querela. *Ergo, dicesi ivi, et si ab initio ex semisse heres institutus rogetur, post decennium restituere hereditatem; nihil habet quod quaeratur; quoniam facile potest debitam portionem eiusque fructus medio tempore cogere.* Ma nel diritto giustiniano dovesi ritenere che ciò pure sia stato abolito. — MÜHLENBRUCH, l. o. pagine 325-27; TEWES, *System des Erbrechts*, II § 132.

Sul fedecommesso reciproco in danno della legittima ofr. RUDORFF, *Ueber Pflichttheils-Verletzung durch gegenseitige Fideicommiss-Substitution* in BEKKER, 's. *Jahr.*, V pagina 261 seg. La questione non ha più importanza nel diritto nostro, ma l'antica giurisprudenza italiana decideva la medesima nel senso dei ricordati romanisti. Infatti, come è stato notato e si potrebbe ancora meglio dimostrare, le teorie romane erano esattamente intese ed applicate nella pratica nostra giurisprudenza. Si disputava pertanto fra i dottori se si dovesse sostenere il peso della sostituzione reciproca fatta tra più figli o discendenti anche nella legittima. Molti opinavano per l'affermativa sembrando loro non un peso, ma un provido consiglio che può ridondare in vantaggio per la premorienza del sostituto. Tuttavia l'opinione contraria era la più comunemente ricevuta e particolarmente nella curia romana (le cui decisioni servivano di modello), poichè stimavasi un peso per l'impedimento della libera disposizione in vita o in morte. DE LUCA, *Dott. volg.*, lib. IX c. 11 n. 5.

principio la disposizione, che pure chiaramente è contenuta nelle leggi, che una madre quando non lascia ai suoi figli altro che la legittima non possa in alcuna guisa sottrarne l'usufrutto al loro padre, sotto la cui potestà trovansi tuttora ³⁾ ^{h)}). Parecchi giu-

men crudelitatem et acerbitatem incidit. Scimus enim testamenta quaedam facta, in quibus defuncti non paterne, nec ut viros decuit, sed admodum molliter et demisse heredes instituerunt. Uxoribus enim suis omnem reliquerunt rerum suarum usumfructum, liberis vero nudum dominium, adeo ut putem, eiusmodi testamenti eam esse intentionem, ut etiam dominium mulier accipiat, liberis forte fame perimendis. Unde enim medio tempore se sustentarent, et victum quotidianum haberent, si nihil illis relinquatur, accedente sorte muliebri et irrationali ira, quae ipsis quotidianum etiam victum eripiat. Nullo igitur modo ulli imposterum, qui liberos habet, tale quid facere licebit, sed omnino legitimae illius partis, quam nunc definivimus, usumfructum una cum proprietate relinquunt, si liberorum, qui non statim fame pereant, sed habeant unde vivere possint, pater dici velit. Atque haec omnia dicimus, non tantum de patre solo et matre, uno proavo et uno quoque foeminis, aviae scilicet et proaviae tam paternae quam maternae coniuncto.

³⁾ Nov. 117 cap. 1. — Mich. Henr. GRIEBNER, *Diss. de usufructu legitimae patri non adimendo* (Lipsiae 1706). — Henr. God. BAUER, *Progr. de usufructu et administratione legitimae, a matre et ascendentibus maternis liberis relinquendae, patri non adimendis* (in *Opuscul.* tom. II num. 29). — QUISTORP, *rechtliche Bemerkungen* parte I num. 90. — Frat. OVERBECK, *Meditationen über verschiedene Rechtmaterien* lib. I medit. 50. — WESTENBERG, *Diss. IV de portione legitima* cap. II § 7. — WESTPHALS *Theoris des r. E. von Testamenten* § 414 pag. 307. — HOFACKER, *Princip. iuris civilis* tom. I § 580. — MALBLANK, *Princip. iuris Rom. sec. ord. Digestorum* parte II sect. I § 513. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte II § 914.

^{h)} Non vi è dubbio che quando un figlio sia istituito erede, ma deve rilasciare ad un terzo l'usufrutto dell'intera eredità, la legittima resta immune da questo usufrutto. La Nov. 18 c. 3 stabilisce: *Sed eis (filiis) legitimae partis... et usumfructum... et proprietatem relinquat*. Anzi nel diritto giustiniano anche questa disposizione deve intendersi come una delle conseguenze del principio generalmente formulato dall'imperatore che la legittima non deve essere gravata da alcun peso. MÖHLENBRUCH, l. c., pag. 324 nota 53 (Ediz. ital. lib. XXVIII § 1421 *d*).

Altra è la questione se la madre possa vietare l'usufrutto paterno sui beni che lascia ai figli a titolo di legittima. Chechè se ne disputasse di fronte al diritto romano e comune, oggi per noi la questione non ha più luogo, perchè l'art. 229 n. 1 stabilisce che la condizione che il padre non abbia l'usufrutto sarà senza effetto riguardo ai beni riservati al figlio a titolo di legittima. Così non solo è troncata ogni disputa, ma si decide in modo equo e consentaneo al rispetto dei vincoli familiari che vedemmo esser concetto fondamentale dell'istituto della legittima. Invero i parenti che hanno obbligo di lasciare ai figli la legittima sono pure parenti stretti del padre,

reconsulti ⁴⁾ vogliono tuttavia affermare il contrario pel principio che non è dimostrabile che la legittima che la madre deve lasciare ai suoi figli, immutabilmente sia stata dichiarata dalle leggi come una specie del *peculium adventitium ordinarium* e che inoltre il diritto romano abbia limitato la libertà delle disposizioni di ultima volontà dei genitori riguardo alla legittima dei figli solo in vantaggio di questi. Nel caso non potrebbe esser accolta una tale limitazione, poichè mediante questa disposizione è migliorata la condizione dei figli cui è stata lasciata la legittima. Sembra favorire questa opinione anche l'*Authentica Excipitur* Cod. de bonis, quae liberis, dove dicesi: *Excipitur, quod eis datur vel relinquitur ab aliquo parentum, conditione hac adiecta, ne ad patrem perveniat ususfructus.* Ma se soltanto si intendano rettamente le parole della citata Novella 117 cap. 1 ci si persuaderà sufficientemente della mancanza di base della opposta opinione. *Sancimus igitur, dicono le parole secondo HOMBERGK, ut matri, et aviae reliquisque parentibus, ubi liberis portionem legibus debitam reliquerunt, reliquam ipsorum substantiam, sive solidum, sive partem voluerint, filio, vel filiae, vel nepoti, vel nepti, vel reliquis descendantibus donare vel etiam ultima voluntate relinquere liceat; hac lege et conditione, ut si velint, pater vel quicumque eos in potestate habet, in his rebus neque usumfructum, neque ullum plane partem habeat. Haec enim extraneis etiam relinquere poterant, unde nulla inde ad parentes utilitas pervenisset. Iubemus autem, ut hoc non solum parentibus, sed omni etiam personae liceat.* L'imperatore parte qui dal principio che è libero ai genitori, quando hanno lasciato, come con-

⁴⁾ STRUV, *Syntagm. iur. civ.* Exerc. XII parte V. — BERLICH, parte I Decis. 137. — MEVIUS, parte VII Decis. 356. — ROTGERSIUS in *Apodict. demonstration. ad illustrandum ius Rom.* vol. I lib. I pag. 207, e specialmente il signor prof. WOLTAER nella *Hallsch. jurist. Bibliothek* saggio 3.° (Thorn 1794 8) pag. 261 seg.

oui dovrebbe esser tolto l'usufrutto dei beni costituenti la medesima. È quindi ripugnante, ben fu detto (così anche BORSARI, *Comm. al Cod. civ.*, § 531) essere spogliati di quel diritto d'usufrutto da coloro che ci sono uniti da sì stretti vincoli. E si comprende pure come in condizioni diverse sia un estraneo che, senza esser soggetto a speciali doveri di famiglia, regola i suoi benefici come più gli piace, lasciando beni ai figli minori senza favorire di usufrutto i genitori.

viene, la legittima ai loro figli, di prendere qualsivoglia disposizione riguardo al rimanente patrimonio. Come pertanto una madre o altri ascendenti materni, in caso che abbiano lasciato la legittima ai loro figli o nipoti, hanno piena libertà di lasciare il loro rimanente patrimonio ad estranee persone, deve pure esser permesso a loro se vogliono lasciare il restante patrimonio ai figli piuttosto che ad estranei di imporre riguardo ad esso la condizione che il padre o l'avo, sotto la cui potestà trovansi i figli, non ne abbiano parte alcuna nè l'usufrutto, nè l'amministrazione. Io non spero che alcuno non trovi da addurre con fondamento qualche cosa contro questa spiegazione. Che cosa segue adunque di più naturale che siffatta condizione, quando pur sia vantaggiosa ai figli e la legittima non ne sia gravata in alcun modo, non possa essere imposta alla legittima stessa e che, per conseguenza, la legittima che la madre e gli ascendenti materni sono obbligati a lasciare ai figli e nepoti, immutabilmente sia dichiarata dalle leggi per una specie del *peculium adventitium ordinarium*? Ci si persuaderà anche più per l'addotto motivo della legge. Riguardo al rimanente patrimonio che la madre lascia ai figli, il padre deve ammettere la condizione che esclude l'usufrutto perchè la madre avrebbe potuto lasciare quel patrimonio anche ad estranee persone e quindi il padre non ne avrebbe avuto alcun vantaggio. Questo motivo sarebbe privo di senso e d'importanza, se la intenzione dell'imperatore non approdasse a ciò che l'usufrutto e l'amministrazione della legittima spettante ai figli sul patrimonio della madre o di altri ascendenti materni non potessero esser tolti in alcuna guisa al padre, mediante disposizione di ultima volontà dei medesimi. A che scopo sarebbe stata necessaria la differenza che il legislatore fa tra la legittima che spetta ai figli per le leggi e il restante patrimonio che la madre o gli ascendenti materni hanno spontaneamente lasciato ai figli o nepoti se riguardo alla legittima materna come riguardo al rimanente patrimonio lasciato ai figli l'usufrutto potesse esser tolto arbitrariamente mediante disposizione di ultima volontà della madre? Che GIUSTINIANO avesse qui in tutto la intenzione di determinare in che misura possa esser tolto al padre l'usufrutto che gli spetta per legge sul *peculium adventitium* dei suoi figli da disposizioni di coloro che tal patrimonio

lasciarono a questi, lo dimostra specialmente l'ampliamento aggiunta da ultimo, secondo la quale deve esser permesso non solo ai genitori, ma anche ad altre persone di lasciare o donare qualche cosa ai figli sotto la condizione che non ne debba spettare l'usufrutto al padre. Di fronte a questi importanti motivi, che ci offre la Novella 117, tanto meno può venire in considerazione la *Authentica*, da essa tratta, *Excipitur Cod. de bonis quae liberis*, quanto più è noto che le autentiche del Codice in niun altro modo valgono se non dentro la misura in cui concordano con la fonte da cui sono tratte ⁵⁾. Non vi era neppur bisogno della critica con cui *Alex. Arnold PAGENSTECHEER* ⁶⁾ cercò di attaccare il debole motivo degli avversari da essa tratto ⁷⁾.

3) La legittima non può neppure essere onerata o diminuita in questo senso che il testatore abbia concesso agli eredi istituiti nel restante patrimonio la formazione di un inventario o di una specificazione giurata ⁸⁾ o che il testatore abbia fissato ai beni della eredità un determinato valore. Gli eredi necessari non sono obbli-

⁵⁾ Vedi questo *Commentario* parte I § 53 pag. 337 del testo tedesco (Ediz. ital. lib. I pagine 277-279).

⁶⁾ *Irnerius iniuria vapulans s. Commentar. ad Authenticas Cod. Inst. rep. praelect.* (Groningae 1701 4) Crit. X § 5 pag. 70 seg. Il PAGENSTECHEER afferma cioè che si debba porre una virgola dopo le parole *ab aliquo* e congiungere la parola *parentum* con le seguenti *conditione hac adiecta*, in modo che il significato dell'Autentica sia il seguente: Quando taluno, sia chi vuoi, assegna dei beni ai figli e riguardo ai genitori aggiunge la condizione che il padre non debba avervi l'usufrutto, non lo otterrebbe neppure il padre. Altri sostengono che l'Autentica *Excipitur* debba esser congiunta con la seguente *Auth. Item hereditas C. eodem*, come RICHTER in *Exposit. omnium Authentic. ad Auth. Excipitur* pag. 312. Altri ancora dicono che l'*Auth. Excipitur* debba essere riferita ad ogni caso secondo la sua fonte, la Nov. 117 cap. 1, come BERGER in *Resolution. legum obstant.* lib. XV tit. I Qu. 2 pag. 241, e *Carp. Christ. KOBER, Disp. de peculio adventitio regulari s. ordinario* (Altdorfi 1705) § 11.

⁷⁾ Che l'usufrutto della legittima, la quale la madre ha obbligo di lasciare ai figli, non possa esser tolto al padre neppure nel caso che sia dichiarato prodigo, è mostrato da LEYSER, *Medit. ad Pand.* vol. II specim. XCII med. 1. Anche secondo il *Dir. territor. prussiano* parte II tit. II § 155 i cognati della linea ascendente, che sono obbligati a lasciare una legittima ai figli, non possono escludere il padre dall'usufrutto di essa.

⁸⁾ Vedi KIND, *Quaestion. for.* tom. I cap. 99.

gati ad accontentarsi della stima dei beni ereditari fatta dal testatore, ma possono pretendere che i beni vengano stimati regolarmente secondo il loro vero valore e secondo questa stima, non già secondo quella fatta dal testatore, deve calcolarsi la legittima ⁹⁾).

Finalmente

4) neppur la così detta cautela sociniana ^{†)} può riuscir dau-

⁹⁾ Vedi GÖNNERS *auserlesene Rechtsfälle und Ausarbeitungen* vol. I (Landshut 1801) num. XIV § 10 pag. 353.

^{†)} Aggiungì alla letteratura sulla così detta cautela di M. SOCINO, FIERLI, *Celebr. doctorum theor.*, II pag. 188 (lib. I Cons. 122 del SOCINO). È ormai noto che corre sotto il nome di SOCINO una cautela d'uso assai più antico. Ad ogni modo si confronti di lui il Cons. 122, n. 8 lib. I e il Cons. 87 n. 6 lib. III. Ivi trattasi *de filio cui certa bona relinquuntur cum onere fideicommissi, cum hac clausola, quod si non contentatur, habeat suam legitimam tantum*. V'è chi chiama la ricordata cautela coll'appellazione di gualdense, ascrivendone l'origine a Io. Guil. DURANTE *gualdens.*, che l'avrebbe insegnata nel suo trattato *De arte testandi et cautelis ultimarum voluntatum*, lib. V *de substit caut.*, 31 n. 6. La storia dei dogmi del diritto civile patrio è in gran parte ancora da farsi e dovrebbe basarsi sopra una storia letteraria del diritto romano dal medio evo ai tempi nostri. Quindi non è strano che si abbia dubbio sull'origine di una delle più cognite e diffuse cautele, che ha trovato la sua espressione anche in un articolo dei moderni Codici.

È opportuna l'osservazione del MÜHLENBRUCH, l. c. pag. 334, che questa cautela, come altri mezzi giuridici i quali hanno ricevuto un nome artificiale, ha ottenuto una celebrità che non merita, poichè da una parte non dà sufficiente garanzia al testatore che la sua volontà sarà adempiuta, dall'altra è un mezzo così semplice che un testatore accorto può pensarci da sè medesimo. Infatti si può trovare qualche cosa di simile nel diritto romano. Quando un liberto voleva gravare con un fidecommissio la legittima del suo patrono, doveva in altra guisa lasciarli tanto che in ogni modo questi ricevesse senza diminuzione la propria legittima (L. 44 pr. D. *de bonis libertorum*, 38, 2). La differenza tra questa disposizione e la cautela sociniana consiste solo in ciò che quella opera direttamente, cioè il patrono doveva riconoscere l'onere essendo la sua legittima soggetta a leggi meno rigorose, ed esser contento se riceveva la legittima in qualunque modo, sia pure per atto *inter vivos*.

Sulla cautela di SOCINO e le questioni relative confronta anche, in senso conforme al nostro Autore, FRANCKE, op. cit. pagine 248-250.

L'art. 810 Cod. civ. stabilisce: « Quando il testatore dispone di un usufrutto o di una rendita vitalizia, il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, gli eredi a vantaggio dei quali la legge riserva la porzione legittima, hanno la scelta o di eseguire tale disposizione o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile.

« La stessa scelta spetta ai legittimari nel caso in cui si è disposto della nuda proprietà di una quota eccedente la porzione disponibile ».

Si comprende in tale articolo anche il diritto di uso e di abitazione e l'obbligo di ogni prestazione periodica.

Non credo che sia qui il caso di entrare nelle molteplici questioni cui l'interpre-

nosa alla legittima, quando l'erede necessario non vuole ammettere il gravame della legittima, ma ricusa il vantaggio accordatogli dal testatore riguardo alla medesima.

È cioè una cognita cautela che quando si vuole imporre un onere ad un erede riguardo alla legittima, è d'uopo, oltre la legittima, favorirlo con qualche vantaggio, sia che consista in una più grossa quota di eredità o nella dispensa di una imputazione nella legittima o che la si onori con qualche altra cosa, che egli abbia ad ottenere pel caso che si assoggetti al gravame della legittima. Insieme si ordina espressamente che nel caso contrario non debba avere alcunchè oltre la legittima.

Questa cautela prende il nome di sociniana dal giureconsulto *Mariano SOCINO* il giovane, che visse nel secolo decimosesto e morì il 1556 ¹⁰). Ma veramente l'onore di questa invenzione non spetta a questo SOCINO, sìvero fu *Niccolò ANTENEORO*, nobile fiorentino, che aggiunse questa clausola ad un suo testamento, dove la legittima dei suoi figli era gravata da un fedecommesso; e SOCINO fece soltanto un parere sulla sua validità ¹¹). Egli stesso si riferisce ivi allo *Imolense* ¹²), e il cardinale *DE LUCA* ¹³) ha trovato questa controversia già in *Angelo* e *Durante* a prova che anche prima del SOCINO era usuale.

L'effetto di questa cautela è che dipende dalla libera scelta del-

¹⁰) Vedi *Wern. Franc. Conr. SETELS, Diss. de iure circa cautelam Socini* (Giessae 1707). L'autore di questo scritto è il già cancelliere *GROLLMANN* di Giessen). — E specialmente *D. Heinrich Wilhelm KOCH, Ueber die socinische Cautel* (Giessen 1786 8).

¹¹) *Iust. Frid. RUNDE, Progr. de usu longaevo cautelae, quem vocant Socini, ante ipsum Socinum* (Cassel 1776 4). — *Io. Ern. Iust. MÜLLER, Observation. pract. ad Leyserum* tom. I fasc. II obs. 228.

¹²) Vol. I Consil. 122.

¹³) *Theatr. iust. et veritat.* tom. IV parte III Disc. 18 num. 5. Vedi *KOCH*, loc. cit. § 5.

tazione di detto articolo dà origine presso i civilisti (Cfr. *BORSARI*, §§ 1736-1741; *PACIFICI-MAZZONI, Codice civ. ital. comm. Delle successioni*, IV n. 104 seg.). Osserverò tuttavia che, sebbene l'art. 810 parli di testatore (ofr. con questo l'art. 1096) si vede come si possa trattare anche di donazione di un usufrutto o di una rendita vitalizia il cui reddito ecceda quello della quota disponibile.

l'erede se vuole ammettere l'onere imposto alla sua legittima e ricevere il maggiore vantaggio concessogli in tal guisa o contentarsi, nel caso contrario, della sola legittima. Imperocchè il testatore anche mediante questa cautela non può costringere l'erede necessario al riconoscimento del gravame imposto alla legittima, e siccome la legittima non soggiace ad alcun peso, si comprende da sè che quando l'erede necessario non vuol sottoporsi al gravame della legittima in corrispettivo al vantaggio a lui accordato, deve ricevere la legittima libera e senz'onere alcuno. Non è necessario che il testatore espressamente conceda quella scelta all'erede necessario, ciò deriva già dalla natura della cosa e non è necessario che sia nominatamente espresso ¹⁴). Di qui discende che la cautela sociniana in sè non è ingiusta, nè iniqua, che che ne dicano in contrario *Christ. Lud. CRELL* ¹⁵) e *LEYSER* ¹⁶). Imperocchè salva la legittima che si è obbligati di lasciare ai propri eredi necessari, si può disporre a piacimento intorno al proprio patrimonio, e che l'erede necessario possa rinunciare al suo diritto alla legittima e, per conseguenza, accontentarsi anche di un onere imposto alla medesima, non soffre alcun dubbio, poichè soltanto per suo vantaggio è stabilito il principio fondamentale che la legittima debba esser lasciata senza alcun onere ¹⁷). Quando pertanto il testatore lascia la sua legittima all'erede necessario, insieme pone nella scelta di lui se voglia rinunciare ad ogni altro vantaggio o appagarsi di un onere imposto alla sua legittima, non si può dire che il testatore agisca contro le leggi o contro l'equità ¹⁸). Niuna legge infatti proibisce all'erede necessario di ricevere la legittima a lui lasciata onerata e volontariamente riconoscere la onerata ultima volontà del testatore.

¹⁴) KOCH, § 8.

¹⁵) *Diss. de cautela Socini* in fasc. VI *Dissertationum et Programm. Crellianor.* num. 49.

¹⁶) *Meditation. ad Pand.* Specim. XCIII meditat. 1 e Specim. CCCXCVI medit. 3.

¹⁷) L. 35 § 2 Cod. h. t.

¹⁸) *Ge. Lud. BOEHMERI, Diss. de liberis fideicommissio oneratis* § 10 nota a. — *HYMENS, Beiträge zu der juristischen Literatur in den preuss. Staaten.* Raccolta 4 num. VII pag. 72, e specialmente KOCH, loc. cit. § 9.

La cautela sociniana, del resto, non è da ritenere per superflua, come il signor *von CRAMER* ¹⁹⁾ erroneamente sostiene; neppure si può ammettere con *AYRES* ²⁰⁾ che debba essere tacitamente sottintesa in una disposizione gravante la legittima: ma deve essere aggiunta se ha da essere efficace. Imperocchè senza ricordare che la cautela sociniana, come qualche cosa di straordinario, non può essere supposta, merita qui particolarmente di essere ponderato, che quando questa cautela sia imposta, l'erede necessario nel caso che non si sottoponga al gravame della legittima, non riceve altro da questa infuori e la rimanente eredità devolvesi tosto ad un altro come erede diretto. Al contrario quando manca quella cautela, l'erede necessario, a cui è stato imposto un fedecomesso od altro onere che si estende alla legittima, può adire l'eredità anche senza qualsiasi protesta e non è obbligato a riconoscere egualmente il gravame in quanto tocca la legittima. Neppure abbisogna, quando sia onerato di un fedecomesso universale, di restituire la rimanente eredità, dalla legittima infuori, prima che non si verifichi il caso del fedecomesso ²¹⁾.

Tuttavia l'uso della cautela sociniana non può essere mai così esteso, che per mezzo di essa sia permessa al testatore tale disposizione che il vero ammontare della legittima non potesse mai determinarsi con precisione. Tale è il caso quando il testatore istituisce erede l'erede necessario in una determinata somma e con l'aggiunta cautela sociniana gli vieta di pretendere dal coerede la formazione di un inventario o di una specificazione giurata dell'eredità ^{*)}. Qui la cautela è illegale e il divieto del testatore da ritenersi in tal guisa inefficace che, malgrado il medesimo, la istituzione

¹⁹⁾ *Progr. de cautela Socini abundante* in *Opuscul.* tomo II num. 23.

²⁰⁾ *Diss. de iure parentum legitimam liberorum bona mente gravandi* § 23.

²¹⁾ *KOCH*, loc. cit. § 10.

^{*)} Cfr. nello stesso senso *FRANCKE*, op. cit. pag. 248 seg.; *TEWES*, *System des Erbrechts*, II § 132. In questo modo infatti si verrebbe ad impedire il sicuro calcolo della legittima. Anzi è da ammettere che ogni legittimario può pretendere che l'ammontare del patrimonio sia opportunamente constatato per mezzo di un regolare inventario, e non potrebbe valere il divieto fattone dal testatore. Nè in questo senso si può intendere la Nov. 48 cap. 1 (Cfr. *MÜHLENBRUCH*, l. o. pag. 293). Tanto più è da ritenersi

in erede dell'erede necessario non è da limitare alla legittima, quando egli insiste pure per l'inventario od una giurata specificazione, e di qui dovrebbe dedursi che effettivamente al medesimo sia stato lasciato più di quello cui ammonta la sua legittima ²²⁾. Al contrario non avrebbe alcuna efficacia giuridica, in quanto la cautela sociniana sia stata in valida guisa aggiunta ad una disposizione di ultima volontà, la cautela presentata in contrario da CRELL ²³⁾, di rimettere, cioè, il testamento mediante una *imploratio officii iudicis* all'arbitrio del giudice per determinare se la disposizione del relinquirente sia dura ed iniqua e se perciò l'erede necessario possa sottrarvisi o abbia da sottoporsi assolutamente alla volontà del relinquirente, se anche il signor *von QUISTORP* ²⁴⁾ la raccomanda. Imperocchè l'arbitrio

²²⁾ Molto estesamente trattano di ciò *Christ. Wilhelm KÜSTNER*, in *Progr. quo remissionem iuratae specificationis cum cautela Socini coniunctam cautionem inutilem esse, commonstratur* (Lipsiae 1765), e *Io. Ad. Th. KIND* in *Quaestion. forenses* tom. I cap. 99 pag. 378 seg. Con loro concorda anche *HAUBOLD ad Bergeri Oecon. iuris* lib. II tit. IV parte 15 nota r pag. 307, e così decise anche la Commissione legislativa prussiana in *KLEIN, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelahrtheit in den preuss. Staaten* vol. I pag. 217.

²³⁾ *Diss. de cautela Socini* § 10: *Iustissimum Consilium videtur, dice CRELL, ut qui cum formula Socini oneratus est, non tam directe impugnet parenti iudicium, quam imploratione officii iudicis utatur, et causas iniquitatis et iniuriae ex parentis iudicio acceptas modestius exponat, atque utrum a iudicio parentis recedendum sit iudicis arbitrio permittat. Ita enim facilius, ut iniquitas illa corrigatur impetrabit, et poenam a testatore constitutam evitabit, cui propter strictam interpretationem numquam locum damus, nisi incontinentius et liberius impugnetur iudicium parentis.*

²⁴⁾ *Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit* parte I num. 86.

vietata quell'estensione della cautela sociniana di fronte alle precise disposizioni del nostro Codice civile.

Il SINTENIS, *Das prakt. gem. Recht*, III § 196 nota 18, osserva che devesi intendere nello stesso senso della ricordata cautela la clausola spesso ricorrente nei testamenti che quando l'erede necessario intenda impugnare talune generali o speciali disposizioni, debba ricevere soltanto la legittima. Non credo che tale clausola possa assolutamente adattarsi al concetto della cautela sociniana accolto nel nostro Codice. Altro è tuttavia domandare se in generale clausola siffatta debba considerarsi come valida. Per esempio, un tutore nomina legatario il pupillo alla condizione che non muova controversia all'erede sull'amministrazione, un testatore nomina l'erede sotto condizione che non chieda il beneficio d'inventario, ecc. Per tali interessanti questioni, che hanno solo una relazione indiretta col nostro argomento, cfr. *BORSARI, Comm. al Cod. civ.*, §§ 1822-1823.

del giudice non si può estendere oltre quanto lo permette la conservazione della legittima: questa poi è senz'altro assicurata dalla cautela sociniana in quanto che se l'erede necessario vuole appagarsene, è autorizzato a ricercare ciò mediante la libertà a lui lasciata sotto la ricordata cautela²⁵⁾. Ciò che invece è stato lasciato oltre la legittima, non può riconoscerglielo d'ufficio neppure il giudice, ove egli non voglia ammettere l'onere ad essa congiunto. Si comprende infine da sè che quando l'erede necessario non si vuole sottoporre alla disposizione fedecommissaria del testatore, di cui egli sia stato gravato con l'aggiunta della cautela sociniana non può pretendere, oltre la libera legittima, alcuna quarta trebelliana²⁶⁾.

Come pertanto la legittima non può essere onerata mediante ultima volontà del relinquente, così

B) il pagamento della medesima non può essere reso difficile dall'erede istituito e trattenuto all'erede necessario. Le leggi ingiungono perciò che la legittima, come un debito, sia sborsata dall'erede subito dopo la morte del testatore. Se l'erede non fa ciò spontaneamente e si lascia chiamare in giudizio e condannare, per questo sconveniente ritardo deve dare a titolo di pena anche un terzo oltre quanto è stato lasciato come legittima all'erede necessario²⁷⁾; e BERGER²⁸⁾ dimostra come oggi pure questa pena sia in vigore.

²⁵⁾ Vedi *Georg Lud. BOEHMERS auserlesene Rechtsfälle* vol. III ser. I Resp. 204 num. 9.

²⁶⁾ SETELS (GROLLMANN) cit. *Diss. de iure circa cautelam Socini* § 30. — *Fratr. BECMANNORUM, Consil. et Decision.* parte II Consil. 46 numeri 6 e 7 pag. 24, e KOCH, *über die S. Caut.* § 11.

²⁷⁾ L. 33 pr. Cod. h. t.: *Verb. ut, si haec fuerint subsequuta, non tantum in id, quod testator voluit eum restituere, condemnetur, sed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerat in testamento derelicta, modis omnibus reddere cogatur: ut avaritia eius legitimis iocibus feriatur.* Vedi WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 402 pag. 297.

²⁸⁾ *Oeconom. iuris* lib. II tit. IV parte 16 nota 8 pag. 402 edit. HAUBOLD.

§ 547.

Le disposizioni del testatore in pregiudizio della legittima non sono valide. Che cosa entra nel cómputo della legittima? forse anche la porzione statutaria?

Siccome la legittima spetta per disposto di legge agli eredi necessari e al testatore non è permessa su ciò alcuna arbitraria disposizione, così non può neppure esser diminuita mediante alcun atto sia tra vivi, sia per causa di morte. Quindi non sono da ritenere per valide e possono essere impugnate come inofficiose tutte le disposizioni del testatore in quanto ne venga diminuita la legittima degli eredi necessari ²⁹⁾. Di tal genere sono le alienazioni tra vivi, le donazioni ³⁰⁾, le doti delle figlie ³¹⁾, le divisioni tra figli ³²⁾, i legati e i prelegati ³³⁾ ¹⁾. Questi sono invalidi in quanto colpiscono la legittima ³⁴⁾, sebbene il testamento non sia reso invalido perciò nelle sue rimanenti disposizioni ³⁵⁾ ^{m)}.

²⁹⁾ Vedi WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 415 seg.

³⁰⁾ Vedi Tit. Cod. *de inofficios. donat.* [3, 29].

³¹⁾ L. un. Cod. *de inoff. dotibus* [3, 30].

³²⁾ L. 6 Cod. *de inoff. donat.* L. 10. L. 21 Cod. *famil. ercisc.* [3, 36]. — WESTENBERG, *Diss. IV de portione legit.* cap. 3.

³³⁾ L. 32 Cod. h. t. — GÖNNERS *auserlesene Rechtsfälle und Ausarbeitungen* lib. I num. XIV §§ 7 e 8 pag. 350 seg.

³⁴⁾ L. 5, 6, 7 e 8 Cod. *de inoff. donat.*

³⁵⁾ GÖNNER, loc. cit. § 9 pag. 352.

^{l)} Secondo il nostro Codice le disposizioni testamentarie (intendi a titolo universale come a titolo particolare), le quali eccedono la porzione disponibile, sono riducibili a questa porzione al tempo in cui si apre la successione (art. 821).

Così le donazioni di qualunque natura, fatte per qualsiasi causa ed in favore di qualsiasi persona, sono soggette a riduzione, se al tempo della morte del donante si riconoscono eccedenti la porzione dei beni di cui può disporre lo stesso donante (art. 1091).

^{m)} Si tratta anche nel nostro diritto di riduzione, non di invalidamento delle disposizioni testamentarie. Sin dove è possibile si cerca anzi di rispettare la volontà del testatore anche nelle operazioni di riduzione. Infatti l'art. 826 Cod. civ. dispone: « Ogni qualvolta il testatore ha dichiarato di volere che una sua liberalità abbia effetto a preferenza delle altre, questa preferenza ha luogo ed una tale disposizione non viene ri-

Per giudicare rettamente se abbiasi un'effettiva lesione della legittima, nel cómputo della medesima:

1) si deve aver riguardo soprattutto a quanto ammonta l'eredità al momento della morte del testatore, defalcati i debiti e le spese di sepoltura ³⁶⁾). L'ammontare di questo lascito deve sempre porre a base pel calcolo della legittima, e siccome questa può esser diminuita così poco con l'imposizione di legati come con qualsiasi altra disposizione del testatore, così deve calcolare prima del defalco dei legati, i quali sono obbligati a prestare gli eredi istituiti nella rimanente parte dell'eredità ³⁷⁾. Anzitutto si ha riguardo

2) a ciò che l'erede necessario ha ricevuto dal relinquirente già durante la sua vita; quegli deve farlo calcolare nella sua legittima in quanto, cioè, secondo il disposto del diritto comune debba essere con-

³⁶⁾ L. 6 Cod. *de inoff. testam.* L. 8 § 9 D. *eodem.* L. 39 D. *de Verb. signif.*

³⁷⁾ SCHILTER, *Praxis iuris Rom.* Exercit. XIV § 61. — *Georg Lud. BOEHMERS auserlesene Rechtsfälle* vol. I ser. I Resp. X Qu. I numeri 8-13 pag. 62 seg. e GÖNNER, loc. cit. § 10 pag. 353.

dotta, se non in quanto il valore delle altre liberalità non fosse sufficiente a compire la porzione legittima. E la giurisprudenza distingue esattamente l'azione di nullità e di rescissione di un atto, dall'azione di riduzione; « la prima è diretta ad annullare l'atto e produrre la *in integrum restitutio*, la seconda, riconoscendo l'atto nella sua intiera pienezza, tende a frenare le smodate liberalità dei genitori ». Cassaz. di Napoli, 3 settembre 1873 (*Legge*, XIV, 1, 149).

n) Tale è il calcolo che dee pur farsi secondo il nostro diritto civile. Invero il momento della morte del testatore determina l'asse patrimoniale su cui deve calcolare la porzione indisponibile. È prescritta perciò:

1.º la formazione di una massa di tutti i beni del testatore al tempo della morte, detratti i debiti (ed intendi anche le spese funerarie, quelle d'inventario, ecc.);

2.º una riunione *fittizia* dei beni di cui fu disposto a titolo di donazione, quanto ai beni mobili secondo il loro valore al tempo delle donazioni (perchè si consumano coll'uso), e quanto ai beni immobili secondo il loro stato al tempo delle donazioni e il loro valore al tempo della morte del donatore (articoli 821-822).

Si avverta che anche nel nostro diritto, come già nel toscano (vedi oltre nota e), non si deve in alcun modo confondere questa imputazione nella legittima con la collazione. Invero: a) nella riduzione i beni donati sono riuniti fittiziamente alla massa allo scopo di constatare se la quota dovuta ai legittimari sia lesa o no; nella collazione si fa una riunione reale dei beni alla massa per mantenere l'eguaglianza fra gli eredi istituiti; b) la collazione è dovuta dal discendente coerede al coerede del pari discendente (art. 1001), ma l'imputazione nella legittima è prescritta anche in favore di estranei eredi. Ciò configura diversità importanti nei casi pratici (vedi, ad esempio, RICCI, IV n. 120).

ferito. Perciò la figlia maritata deve conferire alla legittima la dote ricevuta e il figlio ammogliato la *donatio propter nuptias* costituita dal padre o dalla madre ³⁸⁾ o). Inoltre ciò che il defunto padre ha impiegato per procurare al figlio un officio comperabile d'onde egli trae delle rendite e dopo la cui morte i suoi eredi hanno da aspettare un rimborso dal successore: di tal genere sono gli officii comperabili della *militia* ³⁹⁾. Ciò che invece il defunto ascendente ha dato al discendente istituito nella legittima mediante una donazione tra vivi, vien computato nella legittima solo quando il testatore lo abbia vo-

³⁸⁾ Secondo il più antico diritto la dote non veniva calcolata alla figlia sulla legittima, come si vede dalla costituzione dell'imperatore ALESSANDRO L. 1 Cod. Gregor. de inoff. testam. (in SCHULTING, *Iurispr. Anteiust.* pag. 690). Nella L. 2 Cod. Gregor. eodem tit. vien addotto il motivo: *Ea, quas ante a patre filiae in dotem data sunt, non placet computari, quia etiam in bonis mariti sunt, et a patrimonio patris, vivente eo, separata fuerunt.* Vedi WESTPHAL, *von Testamenten* § 391 b pag. 285 seg. Tuttavia quella legge è stata abolita mediante una costituzione dell'imperatore ZENONE L. 29 Cod. h. t., dove dicesi: *Non tantum eandem dotem vel donationem conferri, verum etiam in quartam partem, ad excludendam inofficiosi querelam, tam dotem datam, quam ante nuptias donationem, praefato modo volumus imputari, si ex substantia eius profecta sit, de cuius hereditate agitur.*

³⁹⁾ L. 30 § 2 Cod. h. t. WESTPHAL, § 393 b.

o) Secondo l'art. 811 Cod. civ., il valore della piena proprietà dei beni alienati ad un legittimario a capitale perduto (cioè mediante un'annua prestazione da cessare morrendo l'alienante) o con riserva d'usufrutto, deve essere imputato alla porzione disponibile e l'eccedente conferito alla massa.

Ciò, perohè sebbene la riduzione non facciasì che per le disposizioni a titolo gratuito, nelle alienazioni a capitale perduto o con riserva d'usufrutto si può ravvisare un atto gratuito (Cfr. RICCÌ, III n. 304 seg.).

Tuttavia tale imputazione e collazione non possono essere domandate da quelli fra i legittimari che abbiano dato il loro assenso all'alienazione.

Parimente la donazione fatta al figlio o discendente, ancorchè espressamente dispensato dall'obbligo di conferire, non può essere ritenuta da lui se non sino a concorrenza della quota disponibile: l'eccedente è soggetto a collazione (art. 1002).

Si può porre la regola che sono imputabili le cose di cui dev'esser fatta la collazione a meno che il donante o il testatore non abbiano esentato da quest'obbligo (CHIRONI, *Ist. di dir. civ.*, II § 486). Si tratta pertanto di tutte le liberalità ricevute dall'ascendente cui si succede (dote, corredo nuziale, patrimonio ecclesiastico, ecc.). Ma non solo si ha riguardo alle donazioni dirette, sivero anche alle indirette, mascherate cioè da atto oneroso o compiute per mezzo d'interposta persona; sul che si confrontino gli articoli 1001 e seg., e CHIRONI, l. c. II § 451. I casi configurati dal GLÜCK hanno importanza anche nel nostro diritto.

luto espressamente o i rimanenti figli abbiano ricevuto dal defunto ascendente una dote o una *donatio propter nuptias*, che debbano conferire ⁴⁰⁾ p). Tuttavia sulla legittima vien calcolato all'erede necessario anche ciò che del resto non viene conferito. Così legati, fedecommissi e donazioni a causa di morte ⁴¹⁾, oltre questi casi nei quali le leggi hanno nominatamente detto che qualche cosa deve esser computato nella legittima, non è lecito calcolarvi altro se anche nell'eredità *ab intestato* appartenesse alla collazione. Invero se-

⁴⁰⁾ L. 25 pr. D. h. t. L. penult. § 1 Cod. *de collationib.* [6, 20]. A ciò mira senza dubbio anche GIUSTINIANO § 6 I. *de inoff. testam.*, come WESTPHAL, *Lehre des röm. Rechts von Testamenten* § 394 b, 395 b e 396 b, ha pienamente dimostrato contro VINNIUS. Tuttavia l'opinione di questo, che una semplice donazione tra vivi non venga calcolata sulla legittima, tenta di difendere anche *Iuc. van de POLL, de exheredat. et praeterit.* cap. 31 §§ 9 e 22.

⁴¹⁾ § 6 I. h. t. L. 36 pr. Cod. h. t. L. 8 § 6 D. *eodem.* L. 3 § 17 D. *de bonis libertor.* [38, 2]. — WESTENBERG, *Diss. III de portione legitima* cap. 6 § 6.

p) Malgrado l'insegnamento del GLÜCK, la maggior parte dei giureconsulti nega l'applicabilità odierna delle disposizioni romane sull'imputazione nella legittima delle spese per l'acquisto di un ufficio venale nella milizia. FRANCKE, *op. cit.* pag. 238; MÜHLENBRUCH, l. c. pag. 304. Ad ogni modo la disposizione di GIUSTINIANO relativa a quell'argomento non ammette alcuna interpretazione estensiva, quale si trova anche in PUCHTA, *Vorles.* II § 489 che insegna doversi imputare nella legittima le spese per l'acquisto d'uffici o impieghi venali, canonicati, ecc.

Parimente la dottrina professata dal GLÜCK che le donazioni tra vivi debbano essere imputate nella legittima almeno quando l'erede necessario concorre con altri, i quali hanno da conferire una dote o una *donatio propter nuptias*, è sottoposta a diligente critica da parte del MÜHLENBRUCH, l. c. pag. 305 seg. Cfr. anche FRANCKE, *op. cit.*, pag. 239 seg. Rimando qui alla critica del MÜHLENBRUCH per ciò che si riferisce alla interpretazione delle fonti (L. 20 § 1 C. *de collat.* 6, 20, § 6 I. *de inoff. test.*) che si oppongono alla dottrina accolta dal GLÜCK, avvertendo come il MÜHLENBRUCH ponga la regola fondamentale che le donazioni tra vivi solo eccezionalmente sono da imputarsi nella legittima, quando, cioè, possa essere adottata una legge in proposito e che qui non è ammissibile una illazione dall'obbligo della collazione all'imputazione nella legittima. Ora nella L. 20 § 1 C. *de collat.* (citata anche dal GLÜCK, nota 40) si dice che una *donatio simplex* debba essere conferita quando nell'eredità degli ascendenti concorrano col donatario dei figli, i quali hanno da conferire una dote o una *donatio propter nuptias*. Ma, mentre nel principio di questa legge è espresso il principio che per l'imputazione nella legittima i casi debbono essere espressamente determinati dalle leggi, nel ricordato § 1 non si parla affatto di legittima, nè si può quindi riferire ad essa. Nè ha maggior forza l'argomento dedotto dal § 6 I. *de inoff. test.*, cui pure il GLÜCK si appoggia, come egregiamente dimostra il MÜHLENBRUCH. Cfr. anche TEWES, *System des Erbr.*, II § 131, e ARNDTS-SERAFINI, § 594 nota 3.

condo l'espressa disposizione dell'imperatore GIUSTINIANO ⁴²⁾ non può esser valida alcuna illazione da questa collazione alla *imputatio in legitimam portionem*. Deve esser piuttosto un fermo principio: *ea tantummodo ex his, quae conferuntur, portioni legitimae computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est.*

3) Se la lesione della legittima sia avvenuta per donazioni tra vivi, queste debbono di nuovo esser calcolate nel patrimonio del relinquente e quindi calcolata e completata la legittima. Dee qui insieme aversi riguardo allo stato del patrimonio, come era al momento della donazione ⁴³⁾. Ciò non accordasi certamente col concetto della legittima che è una parte della porzione *ab intestato*, poichè non si può concepire la eredità di un vivente, e solo ciò che ha lasciato dopo la sua morte è quel complesso, su cui devesi calcolare la legittima. Se pertanto per calcolare la lesione dell'erede necessario riguardo alla legittima non solo devesi guardare allo stato del patrimonio come era al tempo della morte del testatore, ma anche pure al momento della donazione, la legittima viene computata sul patrimonio di un vivente. Quindi non si può dar torto al dotto HOMMEL ⁴⁴⁾ quando dice: *Inofficiosam donationem partum esse deformitate insignem, quia patrimonium, quod est augmenti et decrementi capax, adeoque valde instabile, stabile supponit, atque insuper legitimam viventis computat, adeoque hereditatem spirantis adhuc hominis statuit, quo vix aliud insipidius.* Sia tuttavia come vuoi, è chiara la legge la quale ingiunge in una *donatio inofficiosa* di aver riguardo non soltanto al momento della morte, ma anche al tempo della donazione, e vuole che i beni donati siano calcolati con quelli che il donatore ha lasciato per determinare quanto con la donazione sia da completare la legittima. Le relative parole della Novella 92 cap. 1 suonano così secondo HOMBERGK: *Volumus, ut si quis immensam donationem*

⁴²⁾ L. 20 pr. Cod. *de collation.* [6, 20]. Si veda van de POLL, *de exheredat. et praeheredit.* cap. 31 § 8, e WESTPHAL, loc. cit. § 397 b. Di altra opinione è HOFACKER, tom. II § 1712.

⁴³⁾ Novella 92 [ZACH. 131] cap. 1. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 997 in fine, e *Ge. Lud.* BOEHMERS *auserlesene Rechtsfälle* vol. I Resp. X Qu. 4 numeri 50 e 51 pag. 69 seg.

⁴⁴⁾ *Rhapsod. quaestion. for.* vol. V obs. 602.

in aliquem vel aliquos ex liberis contulerit, necesse habeat in distributione hereditatis tantam unicuique ex liberis servare partem legitimam, quanta erat, antequam pater donationem in filium vel filios, illa honoratos conferret. Sic enim donationes illas non amplius accusabunt, cum ex tota substantia patris legitimam habeant, atque ea pars in tantum auota sit, quantum substantia patris continuit, antequam donationibus exhauriretur. Neque liberi donationibus honorati dicant, se contentos esse immensis illis donationibus, et velle a paterna hereditate abstinere: sed non cogantur quidem si donationibus contenti sint, hereditatem adire, omni vero modo necesse sit illis; fratribus inaequalitatem illam, ad eam mensuram, quam diximus, exaequare, ne illi propter immensam donationem minus habeant quam legibus ipsis debetur: cum patri circa omnem sobolem moderate affectum esse, illisque, qui magis ab ipso diliguntur, plus largiri, non vero reliquos, liberos, per immensum donationem in illos factam, laedere, nostrumque scopum transgredi liceat ⁴⁵⁾. Quando, per esempio, un padre di cinque figli prima della sua morte ha donato 5000 talleri imperiali del suo patrimonio si prende a considerare a quanto ammontava allora il suo patrimonio. Se consisteva di 8000 talleri ed egli dopo la sua morte non lascia che 3000 talleri, i figli la cui legittima ammonta qui alla metà del patrimonio paterno, sono danneggiati di 1000 talleri e possono ripeterli dal donatario. Se invece il padre, dopo la donazione, ha di nuovo acquistato tanto patrimonio che lascia ai suoi cinque figli almeno 4000 talleri imperiali, i figli non hanno alcuna azione contro il donatario ⁴⁶⁾. Si supponga inoltre che un padre di due figli abbia donato all'uno durante la sua vita, un fondo che vale almeno 3000 talleri imperiali. Si supponga pure, che il suo intiero patrimonio abbia consistito allora dopo il defalco dei debiti in 15,000 talleri imperiali. Il padre ha istituito l'altro figlio soltanto nella legittima. Lascia dopo morte ancora 12,000 talleri imperiali. Se la legittima del figlio dovesse calcolarsi soltanto in base all'ammontare di questa rimanenza, sarebbe soltanto di 2000 talleri imperiali, poichè a tanto ammonta la metà del terzo. Ma la somma donata deve esser calcolata nel

⁴⁵⁾ Vedi WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 146.

⁴⁶⁾ HOMMEL, loc. cit. vol. V pag. 16.

patrimonio che il padre ha lasciato dopo morte e quindi la legittima esser calcolata di 15,000 talleri imperiali. Ammonterà quindi a 2500 talleri imperiali ⁴⁷⁾. Finalmente

4) la legittima in genere non può esser computata che come una *portio portionis ab intestato debitae* di quella eredità che sarebbe spettata *ab intestato* all'erede necessario. Non possono quindi venire nel calcolo quei beni, di cui gli eredi necessari niente avrebbero ricevuto neppure nel caso che il relinquirente fosse morto senza testamento. Così è da decidere anche la importante questione pratica come sia da calcolare la legittima, quando il coniuge superstite del relinquirente o succede secondo il diritto comune insieme cogli eredi necessari o raccoglie con loro una porzione statutaria. Qui la legittima dovrà calcolarsi sull'intera eredità o solo defalcata la quota ereditaria spettante al superstite? ^{g)}. Non fa bisogno di prova alcuna che in questo calcolo induce non lieve differenza se la legittima debba esser calcolata sull'intera eredità, compresa la quota ereditaria spettante al coniuge superstite o con precedente defalco di questa dal rimanente patrimonio del relinquirente. I giureconsulti dividonsi in due partiti nella decisione della proposta domanda. Alcuni ⁴⁸⁾ affermano che per la porzione statutaria, poichè essa mede-

⁴⁷⁾ *Luc. van de POLL, de exheredit. et praeterit.* cap. XXXI § 26 pag. 175. — *STRUV, Syntagm. iur. civ.* Exercit. XL parte 14, e specialmente *Chr. RAU in Disput. de querela inofficiosae donationis* (Lipsiae 1775) § IX pag. 29.

⁴⁸⁾ *CARPZOV, lib. VI Resp.* 48. — *WERNHER, Select. Observat. for.* tom. I parte I obs. 190, parte III obs. 47. — *LEYSER, Meditat. ad Pand.* Specim. XCI medit. 5. — *Io. SCHILTER, Diss. de legitimae cum quarta vel simili portione superstiti coniugi debita, concurrentis computatione* (Altdorf 1697). — *BERGER, Oecon. iuris* lib. II tit. IV parte 16 nota 6. — *De COCCEJI, ius civ. controuv.* h. t. Qu. 32. — *EMMINGHAUS, ad Eundem* loc. cit. nota a. — *WALCH, Introd. in controuv. iuris civ.* sect. II cap. 4 membr. 2 § 4. — *Lo STESSO, Diss. de portione statutaria in legitimam computanda* (Jenae 1776). — *Georg Ludw. BOEHMER, auserlesene Rechtsfälle* vol. I Resp. X Qu. 8 pag. 76 seg. — *PÜTTER, auserlesene Rechtsfälle* vol. 3 parte I Resp. CCLX Qu. 4 num. 38 seg. pag. 237 seg. e l'anonima dissertazione sulla questione: *Ob dem Pflichttheile der Vorzug vor der statutarischen Portion gebühre?* (Frankfurt und Leipzig 1788, 8).

^{g)} Questa era una delle più controverse questioni. Cfr. anche *FRANCKE, op. cit.*, pag. 318 seg.; *MÜHLENBRUCH, l. c.* pag. 270 seg.

La questione è per noi venuta meno, poichè l'art. 818 Cod. civ. stabilisce: « La

sima costituisce una parte della eredità, non possa esser recato alcun pregiudizio alla legittima, la quale deve calcolarsi sulla intiera eredità. Altri ⁴⁹⁾, al contrario, dicono che la legittima debba calcolarsi soltanto su quel patrimonio, che rimane dopo defalco della porzione statutaria del coniuge. Il nostro autore accede alla prima opinione. Io ritengo tuttavia più esatta la seconda opinione e più conforme alla natura della cosa. Poichè se la legittima è una quota della porzione *ab intestato*, come non può esser negato in base ai citati principi, ne segue che debba esser calcolata soltanto su quella eredità, che sarebbe spettata *ab intestato* all'erede necessario e così soltanto su quel patrimonio che rimane dopo defalcata la porzione statutaria del coniuge. Se si volesse calcolarla sulla intiera eredità compresa la porzione statutaria, ne deriverebbe la inconseguenza che gli eredi necessari, i quali secondo il testamento devono ricevere soltanto la loro legittima, riceverebbero qualche cosa anche di quella parte di eredità, della quale niente sarebbe spettato a loro nel caso che il relinquente fosse morto senza testamento. Che cosa ci costringe o ci autorizza ad accogliere simile assurdo? Questi motivi, come li ho più diffusamente esposti nella mia dissertazione ⁵⁰⁾, sono inoppugnabili: i motivi invece su cui poggiasi la opposta opinione, come sono raccolti in COCCEJI e WALCH, sono così deboli e insignificanti che sembra i partigiani di essa siano stati trascinati dalla violenta corrente della pratica piuttosto che aver difeso per convincimento questa opinione. Si pensi soltanto alla conclusione che si trae dalle donazioni e dai legati alla porzione statutaria,

⁴⁹⁾ LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pandect. h. t.* § 46. — Io. Christ. SCHROETER, *Diss. de praerogativa portionis statutariae prae legitima, eiusque computatione ex bonis feudalibus noviter acquisitis* (Jenae 1725). — GMELIN in HOFACKERI, *Princip. iuris civ.* tom. II § 1716. — HAUBOLD *ad BERGERI, Oeconom. iuris* tom. I pag. 402 nota m, e GRIESINGER, *Commentar über das württembergische Landrecht* vol. 6 pag. 390 nota v.

⁵⁰⁾ *De constituenda legitimae portionis parentum quantitate* sect. II § 23 fascicul. III *Opusculor.* pag. 159 seg.

porzione dovuta al coniuge ed ai figli naturali non porta diminuzione della legittima spettante ai discendenti legittimi od agli ascendenti, e forma così una detrazione della parte disponibile ».

come se questa al pari delle donazioni e dei legati dipendesse soltanto da disposizione del relinquente. E a qual decisione deve condurre nella nostra questione il principio che gli statuti debbono essere interpretati rigorosamente e, per quanto è possibile, in conformità del diritto comune, dacchè i diritti comuni così chiaramente ribadiscono che la legittima sia una porzione della quota *ab intestato*?⁵¹⁾ Io non voglio più spender parole sulla fraintesa Novella 18 cap. 1, poichè io già ne ho parlato sopra distesamente a pag. 383 (vol. VII pag. 39 del testo tedesco).

Un'altra questione è, se il coniuge superstite che o per diritto comune o statutario è coerede, debba pure calcolarsi per determinare se l'erede necessario possa pretendere la metà o il terzo della sua porzione intestata. COCCEJI⁵²⁾ nega che il coniuge sia da calcolarsi nel cómputo della legittima; io, al contrario, ho difeso nella mia dissertazione⁵³⁾ con GERSTLACHER⁵⁴⁾ la opinione affermativa, e ciò che in contrario obietta il signor GRIESINGER⁵⁵⁾ mi ha così poco persuaso dell'errore commesso, come non ha trattenuto altri celebri giureconsulti⁵⁶⁾ dallo accedere alla mia opinione. Se la legittima è una parte della quota *ab intestato* debbono necessariamente esser computati nel calcolo della medesima tutti coloro i quali insieme agli eredi necessari son chiamati alla successione intestata, ed è un vero errore che il signor GRIESINGER⁵⁷⁾ voglia restringere questo principio soltanto a quegli eredi *ab intestato*, i quali coereditano riguardo al terzo o alla metà dell'eredità fissati come legittima degli eredi necessari e quindi col loro accedere e partecipare effettivamente al terzo

51) Si veda anche THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte II § 913.

52) *Ius civ. controv. h. t.* Qu. 30 ed anche MALBLANK in *Digest.* parte II sect. II § 701.

53) Loc. cit. pag. 170 seg.

54) *Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils der Eltern, Kinder und Geschwister wenn der überlebende Ehegatte miterbt* (Stuttgart 1772, 4). Gli altri scritti polemici, che sono stati cagionati da questa Memoria, trovansi citati nella mia *Dissert.* loc. cit. nota 43 pag. 164.

55) *Commentar über das württembergische Landrecht* vol. 6 pagine 392 e 396.

56) HAUBOLD ad BERGERI, *Oeconom. iuris* tom. I pag. 402 nota m, e THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte II § 913 pag. 133.

57) Loc. cit. pag. 396.

o alla metà ne producono la diminuzione. Il contrario è insegnato chiaramente da ULPIANO ⁵⁸⁾ quando dice *exheredatum partem facere, qui non quaeritur*, cioè il figlio diseredato doversi computare nel calcolo della legittima dei rimanenti figli in essa istituiti così come egli vi prendesse parte, quantunque non ne riceva alcuna. Pertanto il coniuge superstite, in quanto succede per diritto comune o statutario insieme coi parenti del defunto è da riguardarsi senza dubbio come coerede ⁵⁹⁾, anzi da molti giureconsulti ⁶⁰⁾ il coniuge superstite riguardo alla quota ereditaria che gli spetta vien riguardato come un erede necessario. Quindi al pari del figlio diseredato, essendovi altri eredi necessari, deve esser computato per determinare se l'erede necessario possa pretendere la metà o il terzo della sua porzione intestata, come anche in tutto esattamente afferma il signor THIBAUT ⁶¹⁾. Il signor consigliere aulico GMELIN ⁶²⁾ vuol battere una media via. *Observandum est*, scrive egli nel *Sistema delle Pandette* di HOFACHER, *quod quamvis coniux superstes quoad eam partem, quae portionis statutariae nomine venit, cum liberis concurrat, iisque partem faciat, is tamen a reliqua hereditatis parte, quae ad liberos parentibus ab intestato succedentibus pervenit, prorsus exclusus sit, ac in ea ne* ⁶³⁾ *numerum*

⁵⁸⁾ L. 8 § 8 D. h. t. Vedi WESTPHAL, § 395 a pag. 281.

⁵⁹⁾ Vedi la mia *systemat. Erörterung der Lehre von der Interstaterbfolge* § 143. — HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. III obs. 110, e *Aug. Frid. Sig. GREEN, Progr. an vidua, quae statutariam portionem capit, pro herede mariti habenda sit?* (Lipsiae 1776).

⁶⁰⁾ HUGO, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts* § 105. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte II § 912, e anche GRIESINGER in *Commentar über das württembergische Landrecht* vol. VI § 97 pag. 416.

⁶¹⁾ *System des Pandectenrechts* parte II § 913 pag. 133.

⁶²⁾ *Princip. iur. civ.* tom. II § 1716 pag. 900.

⁶³⁾ Nella prima edizione dei *Princip. iur. civ.* di HOFACKER, tom. II pag. 900, dicesi: *ac in ea re*. A causa di questo errore di stampa diversi giureconsulti sono stati tratti a credere che il signor cons. aulico GMELIN acceda anche all'opinione che il coniuge superstite possa essere di vantaggio ai figli per l'aumento della legittima in modo che se ve ne fossero quattro e venisse pur computato il coniuge superstite, la legittima dei medesim' ammonterebbe alla metà della porzione intestata. Si veda GRIESINGER, HAUBOLD e THIBAUT, loc. cit. Ma nel *critisch. Archiv der neuesten juridischen Literatur und Rechtspflege*, edito da DANZ, GMELIN e TAFINGER, vol. III fasc. 3 pag. 476, è dimostrato chiaramente che quelle parole *ac in ea re* racchiudono un errore

quidem eo effectu facere possit, ut propterea quatuor liberis, coniuge adiecto, nunc semis portionis ab intestato debitae tribuenda sit. Secondo questa opinione dee quindi il coniuge superstite esser calcolato per determinare a quanto ammonti la porzione *ab intestato* dei figli, ma la sua esistenza non deve aver per effetto di aumentare la legittima dei figli, di guisa che se anche col coniuge dovessero concorrere quattro figli, la legittima loro non ammonterebbe per questo alla metà della loro quota di eredità intestata. Ma l'argomento che il coniuge superstite non concorra affatto coi figli nella successione legittima, poichè prendesi la porzione statutaria come un debito del defunto, mi sembra poggiare su questa presunzione che il coniuge superstite riguardo alla porzione a lui spettante non sia da calcolare come un coerede, sul che io insieme al signor consigliere di giustizia EMMINGHAUS ⁶¹⁾ ho dimostrato il contrario ⁶⁵⁾. Anzitutto mi sono già sopra distesamente espresso ⁶⁶⁾ sopra la stranezza dell'asserzione che taluno nella determinazione della legittima possa esser calcolato come *partem faciens* non come *numerum faciens*. Nè vedo quindi neppur ora alcun sufficiente motivo per dipartirmi dalla opinione difesa nella mia dissertazione.

Rimane tuttora la questione se nella determinazione della legittima siano da tenersi a calcolo gli ornamenti spettanti per diritto sassone alle figlie sulla eredità materna del pari che le armi ed altri attrezzi spettanti in precedenza ai figli sulla eredità paterna. Anche questa questione è del pari controversa. Il BARTH ⁶⁷⁾ e il BOEHMER ⁶⁸⁾ rispondono affermativamente pel motivo che così gli ornamenti femminili come le armi e gli attrezzi destinati ai maschi costituiscono una parte del patrimonio lasciato dal defunto, e nel determinare la legittima deve esser computato l'intero patrimonio del defunto come era de-

di stampa e invece di *re* devesi leggere *ne*, come anche fa vedere il *quidem* immediatamente seguente.

⁶¹⁾ *Rechtliche Erörterung der Frage: in wiefern die noch nicht anerkannte statutarische Portion auf die Erben übergehe* (Weimar 1784) §§ 10, 11 e 12.

⁶⁵⁾ Vedi la mia *Diss.* § 23 nota 50.

⁶⁶⁾ § 544 pag. 58 seg. (Ediz. ital. pag. 398).

⁶⁷⁾ *Dissensuum in praxi, praepriim. iure saxon. occurrent.* Centur. IX Diss. 804.

⁶⁸⁾ *Auserlesene Rechtsfälle* vol. I Respons. 10 Quaest. 2 e 3 pag. 64 seg.

falcati i debiti alla sua morte. Il CARPZOV⁶⁹⁾, al contrario, e Joh. Gottfr. HARTUNG⁷⁰⁾ affermano che così gli ornamenti femminili come le armi e gli attrezzi destinati ai maschi anzitutto sono da detrarsi dalla massa ereditaria e quindi, dopo defalco dei medesimi, sia da determinare la legittima. Quest'ultima opinione merita di esser preferita perchè altrimenti i fratelli parteciperebbero agli ornamenti delle sorelle e queste alle armi ed attrezzi dei fratelli, mentre per legge ne sono espressamente escluse. Ma in ciò concordano tutti i giureconsulti⁷¹⁾ che gli ornamenti sono da imputarsi nella legittima delle figlie e le armi e gli attrezzi in quella dei figli. Ciò che tuttavia per questa imputazione vien guadagnato e acquistato alla massa ereditaria non torna in vantaggio dei titolari della legittima, ma di colui cui spetta il rimanente patrimonio oltre la legittima⁷²⁾.

§ 548.

In che misura contribuisce l'erede necessario al pagamento dei debiti ereditari? Può chiedere la legittima durante la vita del relinquente? Per qual titolo e su quali beni deve lasciarsi la legittima?

È già stato dimostrato, che nel calcolo della legittima per determinare l'esatto ammontare di essa, debbono anzitutto esser defalcati i debiti che gravano sul patrimonio del defunto, secondo la regola: *bona non intelliguntur, nisi quae deducto aere alieno supersunt*⁷³⁾. Tra questi debiti vengono pure calcolate le spese funerarie. *Quarta autem, dice ULPIANO*⁷⁴⁾, *accipietur scilicet deducto aere alieno*

⁶⁹⁾ *Iurispr. for.* parte III Constit. XI Definit. 3.

⁷⁰⁾ *Diss. iuris. Saxon. de imputatione geradae in legitimam* (Vitembergae 1713) cap. VI §§ 5 e 6.

⁷¹⁾ CARPZOV, loc. cit. Definit. 2 e 9. — WERNHER, *Observat. for.* tomo II parte VI obs. 440 e parte X obs. 310. — BERGER, *Oeconom. iuris* lib. II tit. IV parte 16 nota 5. Tom. I pag. 490 edit. HAUBOLD. — LEYSER, *Meditat. ad Pandect.* Specim. XCI medit. 7. — KIND, *Quaestion. for.* tom. I cap. 21.

⁷²⁾ CARPZOV, loc. cit. Definit. 4. — HARTUNG, cit. *Diss.* cap. VI § 7.

⁷³⁾ L. 39 § 1 D. de Verb. signif.

⁷⁴⁾ L. 8 § 9 D. h. t.

et funeris impensa. Si domanda adunque in che misura l'erede necessario deve contribuire al pagamento dei debiti ereditari. Qui è da osservare quanto segue:

1. Quando la legittima è assegnata all'erede necessario in una determinata cosa, della quale esso deve contentarsi, egli non ha d'uopo di contribuire alcunchè al pagamento dei debiti se anche egli fosse stato istituito erede nella cosa che gli è assegnata per legittima. Perocchè coloro che fra più coeredi sono stati istituiti soltanto in una determinata cosa, vengon considerati riguardo agli altri come semplici legatari e non pagano quindi alcun debito ⁷⁵⁾ r). Questa disposizione è generale ed applicasi anche per gli eredi necessari ⁷⁶⁾. Infatti a questi pure può essere assegnata la legittima in cose determinate, quando vi si istituiscano eredi ⁷⁷⁾.

2. Se, al contrario, gli eredi necessari sono generalmente istituiti eredi, ma vien pure ordinato che debbano avere soltanto la legittima, debbono sopportare come coeredi i debiti del defunto. Se tuttavia trovano in ciò delle difficoltà, possono pretendere che provvisoriamente sia data loro la legittima senza defalco dei debiti e intanto prestare cauzione che contribuiranno la loro quota al pagamento dei medesimi appena sarà stabilita la liquidità di questi ⁷⁸⁾. All'erede necessario può pure essere accollato il pagamento di una parte dei debiti ereditari in proporzione della sua legittima ⁷⁹⁾.

⁷⁵⁾ L. 13 Cod. *de hered. instituendis* [6, 24]: *Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heres, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est: alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur; eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.*

⁷⁶⁾ Si veda qui LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pandectarum* h. t. § 45, specialmente poi *Io. Ad. Theoph. KIND, Quaestion. for.* tom. III cap. 20.

⁷⁷⁾ Novella 115 [ZACH. 136] cap. 5. Una più particolareggiata spiegazione di questo passo alla fine di questo paragrafo.

⁷⁸⁾ WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 396 pag. 282.

⁷⁹⁾ LAUTERBACH, *Colleg. Pand.* h. t. § 44, e HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1712 num. II pag. 893.

r) Di ciò parleremo nella seguente nota.

Siccome la legittima è una parte della eredità, non può esser domandata vivente colui che è obbligato a lasciarla al futuro erede necessario. Vi è quindi una regola: *sicut hereditas viventis, ita et legitima viventis nulla est* ⁸⁰⁾. Anche nel caso che il padre incominci una vita prodiga, i figli non sono autorizzati a pretendere la legittima durante la sua vita, ma possono ricorrere a misure per la sicurezza di quella col concorso dell'autorità ⁸¹⁾ *). Anzi pur nel caso che il figlio di un ebreo passi alla religione cristiana, il padre suo non può essere giuridicamente tenuto a dargli la legittima durante la sua vita. BERLIOH ⁸²⁾ e CARPZOV ⁸³⁾ vogliono veramente affermare il contrario, ma i loro argomenti sono privi di importanza e già da lungo tempo furono fundamentalmente contraddetti da *Gustav Heinr. MYLIUS* ⁸⁴⁾ e da *Jo. Wilh. HOFFMANN* ⁸⁵⁾. Tuttavia oggigiorno, secondo i diritti particolari delle provincie tedesche, possono darsi casi (i quali però qui non entrano) in cui i genitori siano costretti a dare la loro legittima, durante la loro vita, ai propri figli ⁸⁶⁾.

Si presenta qui anzitutto la domanda per qual titolo debbasi lasciare la legittima all'erede necessario. Qui

⁸⁰⁾ Vedi *Christ. TOMASII, Diss. de legitima viventis* (Halae 1700), nelle sue *Dissertation.* tom. II pag. 408 seg.

⁸¹⁾ VOET, h. t. § 51. — HUBER, *Praelect. ad Institution.* h. t. § 9, specialmente WESTENBERG, *Diss. III de portione legitima* cap. 5 §§ 12-16. Si veda anche HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1712 nota c.

⁸²⁾ *Conclus. practic.* parte III Concl. 14 num. 31.

⁸³⁾ *Definit. for.* parte III Constit. XII Definit. 10.

⁸⁴⁾ *Diss. de parte iudaeo alimenta, sumtus studiorum, et legitimam filio christiano denegante* (Lipsiae 1740) § 18.

⁸⁵⁾ *Observat. quae ad usum fori spectant, fascicul.* (Francof. ad Viadr. 1736, 4) Diss. VI obs. 47 pag. 110 seg.

⁸⁶⁾ Si veda, per esempio, la *imperiale ordinanza giudiziaria territoriale della fondazione di Würzburg e del ducato di Franken* parte III lib. 31 (in *Collect. statutor. provincial. adject. de LUDOLF, Observat. for.* parte III), e *Lud. Ad. SEGNIETZ, Diss. de legitima liberorum Franconica* (Altdorf 1705).

*) Ciò deve dirsi in egual modo rimpetto al nostro diritto. L'azione di riduzione delle donazioni eccedenti la quota disponibile non si può intentare che dopo la morte del testatore (arg. art. 821 Cod. civ.). Durante la vita di lui i legittimari non possono garantirsi in altro modo che promuovendo una sentenza d'inabilitazione della persona obbligata a lasciare la legittima.

1) è certo che, secondo il più antico diritto romano, non era d'uopo istituire in erede l'erede necessario, ma il testatore poteva lasciargli la legittima anche semplicemente *titulo singulari*, come legato o donazione a causa di morte⁸⁷⁾. Soltanto riguardo a figli che erano tuttora sotto la patria potestà doveva aver luogo una istituzione o una diseredazione. Se il padre aveva diseredato il figlio senza sufficiente motivo, ma gli aveva lasciato in legato o per altro titolo singolare tanto quanto costituiva la legittima, il testamento non poteva essere invalidato⁸⁸⁾. Se invece non era stato lasciato tanto quanto bastasse per la completa legittima del figlio, aveva luogo l'azione d'inofficiosità, purchè il padre non avesse espressamente ordinato che dovesse esser completata la parte mancante della legittima o gli eredi istituiti non fossero fratelli o sorelle del figlio danneggiato; in questo come in quel caso non si poteva agire che pel completamento della legittima⁸⁹⁾. Del resto, non si faceva alcuna distinzione fra figli, genitori, fratelli e sorelle. Soltanto

2) secondo la Novella 115 cap. 3 e 4 i figli e i genitori che non abbiano meritato una diseredazione, debbono necessariamente essere istituiti eredi¹⁾. Non deve esser più assolutamente permesso di dise-

⁸⁷⁾ § ult. I. h. t. Novella 18 [ZACH. 42] cap. 1.

⁸⁸⁾ L. 8 § 6 D. h. t.: *Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem eius, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset, puto secure eum testari*; cioè può sicuramente diseredare il figlio senza temere l'azione d'inofficiosità. Vedi WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 433 pag. 122.

⁸⁹⁾ L. 4 Cod. Th. h. t. PAULUS, *Rec. Sent.* lib. IV tit. V § 7. — WESTPHAL, loc. cit. §§ 435 e 436.

¹⁾ Cfr. MÜHLENBRUCH, l. c. § 1421 *d.* La trattazione del GLÜCK in questo argomento non ha bisogno di alcuna correzione. È preferibile anche l'opinione da lui accettata non esser necessario, secondo la Nov. 115, che la quota costituente la legittima sia lasciata *titulo heredis institutionis*, sebbene ciò sia stato autorevolmente insegnato. Si aggiunga per la storia dei dogmi il ricordo di una disputa fra i glossatori riguardo alla questione *quo titulo legitima portio relinqui debeat*. Cfr. *Dissensiones dominorum*. (HAEN.), § 154 pag. 379. Secondo il nostro Codice la legittima è quota di eredità, il legittimario un erede il quale ha un diritto reale che può far valere contro ogni detentore delle cose ereditarie. Esplicito è l'art. 1003, secondo il quale l'erede che rinuncia alla successione può tuttavia ritenere la donazione e domandare il legato a lui fatto

redare o preterire a piacimento figli o genitori e lasciare a loro in ogni caso la legittima come un legato o una donazione o per altro titolo singolare; ma debbonsi istituire eredi quando non si abbia alcun legittimo motivo per escluderli. *Sancimus igitur*, dice GIUSTINIANO, cap. 3 della citata Novella secondo HOMBERGK, *ne ullo modo patri aut matri, avo aut aviae, proavo aut proaviae, filium suum, aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo praeterire vel exhaereditare liceat (etsi⁹⁰) quacumque donatione vel legato, vel fideicommisso, vel alio quocumque modo partem legibus illis debitam dederint) nisi forsitan ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint*. E nel cap. 4 dicesi: *Sancimus igitur, ne liberis parentes suos praeterire vel eos quocumque modo a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, plane excludere liceat, nisi causas, quas enumerabimus in testamentis suis specialiter scripserint*. Intorno al significato di questa costituzione si disputa. Molti giureconsulti⁹¹) vogliono spiegarla nel senso che si debbano istituire eredi anche nella legittima i propri figli e genitori se il testamento ha da restare inoppugnabile. Essi credono quindi che, secondo la Novella 115,

⁹⁰) La Vulgata ha *neq. si. Ma xiv i.* è equivalente ad *etsi*.

⁹¹) HOTTOMANN, *Disput. de quarta legit.* cap. VI § 34. — MERLINUS, *de legitima* lib. V t. I Qu. 1. — BERGER, *Oeconom. iuris* lib. II tit. IV Th. 15. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. V Specim. CCCLVI medit. 1 e 2. — Tob. Iac. REINHARDT, *Select. Observat. ad Christinaei Decisiones* vol. I obs. 71. — Petr. de TOULLIEU, *Diss. de portione legitima titulo institutionis relinquenda* (in *Eius Collectan. iuris civ.* Diss. IX pag. 283). — WALCH, *Introd. in controv. iur. civ.* sect. II cap. 4 membr. 2 § 7 pag. 198.

fino alla concorrenza della porzione disponibile, ma non può ritenere o conseguire nulla a titolo di legittima.

Tuttavia non è assolutamente necessario che il legittimario conservi la qualità di erede per ricevere un equivalente della legittima. Egli può infatti rinunciare alle ragioni che gli spettano sulla eredità ed accettare il legato fattogli nel testamento in tacitazione di ogni diritto che può competergli sulla quota di riserva. Rimane così semplice legatario e non è tenuto al pagamento dei debiti gravanti l'eredità. Del pari se rinuncia al diritto di ricevere la quota in natura e consente a riceverla in danaro. RICCI, *Dir. civ.* III n. 265.

Anche è stato deciso dalla nostra giurisprudenza che il legato fatto a favore del legittimario si deve ritenere come compensativo della legittima, salvo apparisca altrimenti essere la volontà del testatore. Torino, 24 febbraio 1874 (*Giurispr. T.*, XI 267).

non possa esser lasciata la legittima ai figli e ai genitori sotto alcun titolo speciale, ma assolutamente *titulo institutionis*. Ma quanto poco tale sia stata la intenzione del legislatore, rilevasi dallo scopo di quella costituzione, intorno al quale così GIUSTINIANO esprime nel cap. 5 della citata Novella: *Haec vero disposuimus, ut tam parentes, quam liberos testamentorum iniuria liberemus. Si vero quidam heredes nominati fuerint, etsi certis rebus contenti esse iubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti praecipimus, quod vero illis minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur. Unica enim est Serenitatis nostrae cura, ut iniuriam praeteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollatur*. Qui dice GIUSTINIANO espressamente che la sua intenzione è diretta soltanto a che, mediante la sua costituzione, si impedisca di arrecare senza sufficiente motivo ai genitori o ai figli il torto e l'onta di una diseredazione o preterizione. Questo torto non è fatto ai figli o ai genitori dal momento che sono istituiti eredi, sia pure nella più piccola cosa. Poichè ciò che manca dee completarlo il coerede senza che per questo si possa attaccare il testamento. Coerentemente a questo scopo non vi è quindi alcunchè di contrario al disposto della legge quando sia lasciata la legittima ai figli e ai genitori anche per un titolo speciale, in quanto essi in pari tempo siano stati istituiti eredi. Quando, per esempio, il testatore dice: « I miei figli devono essere miei eredi; tuttavia il mio figlio maggiore deve contentarsi della mia casa d'abitazione che io gli lascio così in luogo della legittima. Ovvero egli dice: Io istituisco mio padre e mia moglie in miei eredi, tuttavia mio padre si deve contentare della legittima e perciò gli assegno qui un legato di 1000 fiorini. Il testamento non è invalido ⁹²⁾. Solo potrebbe esser contestato quando ai figli o ai

⁹²⁾ Con me concordano CUIACIUS, *Exposit. ad Nov. 18.* — BACHOVIVS *ad TREUTLERUM*, vol. I Diss. XIII Th. 12 lit. A. — *Luc. van de POLL, de exheredat. et praeterit.* cap. XXV §§ 1 e 2. — WESTENBERG, *Diss. IV de portione legitima* cap. I §§ 7 e 8. — VINNIUS, *Commentar. ad § 6 l. h. t.* numeri 4 e 5. — PUFENDORF, *Observation. iur. univ.* tom. IV obs. 44. — *Ios. FINESTRES, Praelect. ad Tit. Pandectarum de liberis et postum.* parte III cap. 1 §§ 7 e 8. — *Lud. God. MADIHN, Princip. iur. Rom. de successioneibus* § 146 nota g. — *HOEPFNER, Commentar über die Heinecc. Institution.* § 473. — THIBAUT,

genitori fosse stata lasciata la legittima senza istituirli in pari tempo eredi. Non è necessario tuttavia che si adoperi proprio la frase *istituire erede*; bastano anche altre espressioni, le quali, secondo il linguaggio tedesco, alludono ad una istituzione in erede, per esempio, io lascio a mio figlio, a mia figlia la legittima; mio figlio deve avere la legittima; ovvero io lego ai miei genitori la legittima⁹³); ovvero, i miei figli debbono contentarsi con ciò che già hanno ricevuto durante la mia vita⁹⁴). Soltanto il testatore non deve insieme istituire un altro per suo unico erede universale e così *implicite* dichiarare che il titolare della legittima non debba essere erede⁹⁵). Riguardo ai fratelli e alle sorelle è altra cosa, essendo relativamente ad essi rimasto immutato l'antico diritto⁹⁶).

Siccome, del resto, la legittima è una quota ereditaria determinata e accordata dalla legge, la quale sta in un rapporto proporzionale con tutte le parti dell'eredità e in proporzione del suo ammontare estendesi a tutti gli oggetti dell'eredità, il testatore non può certamente stabilire restrizioni gravanti la legittima a questa generalità ed efficacia della sua influenza. Quindi.

1) la legittima deve esser lasciata sulla sostanza dei beni stessi e non soltanto assegnata su futuri proventi della massa⁹⁷)^u). Secondo

System des Pandectenrechts parte II § 915. — GRIESINGER, *Commentar über das württembergische Landrecht* vol. 6 pag. 382 seg.

⁹³) LEYSER, *Specim.* 356 med. 2. — PUFENDORF, *Observation. iur. univ.* tom. IV obs. 45. — HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.* vol. IV obs. 547. — GRIESINGER, loc. cit. pag. 384.

⁹⁴) Che il testamento in questo caso non possa essere impugnato, ma sempre abbia luogo l'azione suppletoria, mostrano LEYSER, *Specim.* CCCLVI med. 9. — de BEHNER in *Novum ius controv.* tom. II obs. 61, e HOEFFNER in *Commentar* § 473 nota 11 pag. 518.

⁹⁵) REINHARTH, *Select. Observation. ad Christinaeum* vol. IV obs. 17. — STRUBENS *rechliche Bedenken* lib. 3 pens. 18. — HOEFFNER, loc. cit. pag. 512. — GRIESINGER, loc. cit.

⁹⁶) HOFACKER, tom. II § 1717. — THIBAUT, loc. cit.

⁹⁷) WESTENBERG, *Diss. IV de portione legitima* cap. II § 5. — GEIGER e GLÜCK, *merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen* lib. II num. XVI § 2 pag. 4.

^u) Anche secondo il nostro diritto la legittima deve esser lasciata in beni, sia pure determinati dal defunto, cioè nell'istessa sostanza patrimoniale essendo il legittimario un vero erede, rispettivamente un coerede ed un condomino. La legittima però è

l'antico diritto l'erede necessario doveva permettere che fossero calcolati sulla sua legittima anche i frutti percepiti, quando gli era stato ingiunto di restituire l'eredità come un fedecommesso dopo il decorso di un determinato tempo ⁹⁸⁾. Ma GIUSTINIANO mutò questo anzitutto riguardo ai figli ⁹⁹⁾ indi in generale ¹⁰⁰⁾. Neppure è lecito

2) che la legittima sia ristretta soltanto a determinate cose, accade pure in forma d'istituzione in erede ^{v)}. L'erede necessario, a cui torna in danno questa disposizione del defunto, non è obbligato ad appagarsene ¹⁾. Veramente il testamento non può essere impugnato perciò, ma non per questo è chiusa la via all'erede necessario di liberarsi dall'onore a lui imposto. Il nostro autore crede, a dir vero, che quando la cosa assegnata all'erede necessario in forma d'istituzione d'erede non contenga alcuna lesione alla quantità della legittima, l'erede stesso debba appagarsene. Così anche STRYCK ²⁾. An-

⁹⁸⁾ Il motivo era che si giudicava la legittima secondo la falcidia, nella quale era usuale anche la computazione dei frutti. L. 8 § 11 D. t. — WESTPHALS *Theorie von Testamenten* § 401 pag. 296.

⁹⁹⁾ L. 6 Cod. *ad SCtum Trebellian.* [6, 49].

¹⁰⁰⁾ L. 36 Cod. *de inoff. testam.* [3, 28]. — WESTPHAL, § 398 b.

¹⁾ Si vedano qui specialmente le *gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle* di GMELIN ed ELSAESSER, vol. IV num. XVI pag. 229 seg.

²⁾ *Cautel. testamentor.* cap. XVII membr. 2 § 12.

dovuta in piena proprietà anche quando il testatore abbia autorizzato a pagarla in danaro, non essendo lecito imporre questo gravame alla legittima. Cassaz. di Torino, 30 dicembre 1868, *Legge*, IX 1, 298. Neppure la dichiarazione del padre testatore di aver già pagato al figlio la somma in cui lo istituisce erede, può avere efficacia legale per quanto riguarda la legittima del figlio stesso. Casale, 5 dicembre 1870, *Legge*, IX, II, 276. Ciò, salvo ben inteso quanto fu sopra osservato alla nota c.

^{v)} Cfr. in senso contrario FRANCKE, op. cit. pag. 93; MÜHLENBUCH, l. c. pagine 328-30; SINTENIS, op. cit. III § 196 nota 1. Invero l'opinione del GLÜCK non sembra qui accettabile:

1.° perchè non è vero che la legittima debba essere una quota dell'eredità. Ciò non discende dai principi fondamentali circa il modo con cui deve esser lasciata la legittima, nè dalle disposizioni di GIUSTINIANO;

2.° perchè nella Nov. 115 cap. 5 diceasi espressamente: *etiamsi certis rebus iussu fuerint esse contenti, hoc casu testamentum nullatenus solvi praecipimus*. Ora è affatto arbitrario ritenere che l'imperatore abbia voluto dire: non potersi impugnare il testamento, perchè furono assegnate singole cose al titolare della legittima, ma non essere egli obbligato ad appagarsi di ciò; il suo diritto di chiedere il supplemento volgersi qui non tanto alla quantità, ma piuttosto alla quota che gli spetta su tutti i beni del testatore.

che WESTPHAL³⁾ dice che il figlio debba accettare le cose che il defunto ha assegnato per la legittima; soltanto quando non bastano per la medesima, gli spetta l'azione del suo completamento. Tutti si basano sulle parole sopra citate (pag. 113 del testo tedesco, 441 ital.) dal cap. 5 della Novella 115. Soltanto Antonio FABRO⁴⁾ si richiama alla L. ult. C. *fam. eroisc.*, secondo la quale debbono appagarsi della divisione fra loro fatta dal padre e tale disposizione deve rimanere in vigore *etiamsi solemnitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta*. Tuttavia non era affatto intenzione di GIUSTINIANO di permettere qui al testatore un gravame della legittima; egli vuole soltanto che tale testamento in cui il testatore ha assegnato ai suoi genitori o figli talune cose, ma in forma d'istituzione d'erede ed ha ordinato che hanno da appagarsene⁵⁾ non debba in alcuna guisa essere impugnato. Non dice però che queste persone cui spetta la legittima, debbano contentarsi delle cose per loro determinate, ma vuole piuttosto che ciò che a loro manca sulla legittima, sia completato. Ora questo completamento non consiste solo in ciò che a loro dalla eredità sia sborsato tanto quanto il valore delle cose loro assegnate è minore della legittima. No, secondo i principi che ci offrono le leggi sulla legittima manca di più agli eredi necessari, cioè una quota proporzionale alla legittima spettante loro su tutti i beni del defunto, eccetto le cose loro assegnate. Debbono ricevere quindi tal complemento⁶⁾. La L. ult. C. *fam. eroisc.* non parla della legittima dei figli e non spetta qui: essa dovrebbe anche cedere alle più recenti costituzioni dell'imperatore GIUSTINIANO, secondo le quali la legittima non può in alcuna guisa esser gravata. GIUSTINIANO non volle mutare nè modificare questo principio fondamentale in quel testo delle Novelle. In ogni caso i coeredi tuttavia

3) *Theorie von Testamenten* § 399.

4) *De erroribus Pragmaticor. et Interpret. iuris* Decad. XV Err. 2.

5) BERGER in *Oecon. iuris* lib. II tit. IV Th. 15 nota 9 dice che le parole del cap. 5 della Nov. 115 *etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti* non siano della legge, ma del testatore e con ciò rimanere impregiudicato ai figli di lagnarsi per tali oneri. Anche WERNHER in *Observation. for.* tom. I parte I oba. 185 espone in un caso giuridico che i figli non sarebbero obbligati ad appagarsi di singoli oggetti ereditari a causa della legittima loro spettante.

6) Vedi ELSAESSER nelle cit. *Beobachtungen* § 159.

3) debbono prestare cauzione per ciò che l'erede necessario ha perduto relativamente alla sua legittima 7). Se anche

4) spetti agli eredi necessari per la loro legittima un diritto di pegno legale sulla eredità del defunto è controverso fra i giureconsulti ^{x)}. Alcuni ⁸⁾ rispondono affermativamente pel caso che la legittima sia stata lasciata in un testamento o quando si agisce pel suo completamento; negativamente invece quando la legittima sia domandata in base a disposizione di legge. Per esempio, quando il figlio, che potrebbe promuovere l'azione di nullità o d'inofficiosità, si accontenta soltanto della legittima. Altri ⁹⁾ negano assolutamente che agli eredi necessari spetti un'ipoteca a causa della legittima, pel motivo che non vi è legge alcuna che loro attribuisca tal diritto di pegno sul patrimonio del defunto. Però secondo la più esatta opinione dei giureconsulti ¹⁰⁾ è da far differenza se la legittima sia stata lasciata alle persone cui spetta *titulo legati* ovvero *titulo heredis*. Nel primo caso i titolari della legittima hanno un'ipoteca tacita, come ogni altro legatario, nel secondo, al contrario, non l'hanno perchè niuna legge attribuisce agli eredi o coeredi un diritto di pegno sul patrimonio del defunto.

7) L. 36 pr. Cod. h. t.: *Sancimus itaque, in omnibus istis casibus, sive in totum evictio subsequatur, sive in partem, emendari vitium, et vel aliam rem vel pecunias restitui, vel repletionem fieri, nulla Falcidia interveniente*. Vedi WESTPHAL, § 398 b.

8) NEGUSANTIUS, *de pignorib. et hypot.* parte II membr. 4 num. 164 pag. 204. — BERGER, *Oecon. iuris* lib. II tit. IV Th. 16 nota 9.

9) DECIUS, *Consil.* 235. — LAUTERBACH, *Tr. de legalibus s. tacitis hypotecis* Th. 48. — LUDOLPH, *Symphor. Decis. et Consult.* tom. I num. 43 pag. 1165. — GMELIN, *Ordnung der Gläubiger* cap. 4 § 18 in fine.

10) *Reinh.* BACHOVIVS in *Tr. de pignorib. et hypotec.* lib. I cap. 10 num. 7. — WESTENBERG, *Diss. IV de portione legitima* cap. IV § 14. — HAUBOLD *ad Bergeri Oecon. iuris* tom. I pag. 402 nota o. — *Ferd. Aug. MEISSNER, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte* parte II (Leipzig 1804, 8) § 181 pag. 474.

x) Oggi non si parla più di pegno legale, ma di ipoteca legale. L'art. 1969 n. 2 stabilisce che i coeredi, i soci ed altri condividenti hanno ipoteca legale sopra gl'immobili caduti nell'eredità, società o comunione per il pagamento dei rifacimenti e conguagli. Onde anche al legittimario, in quanto è coerede, spetterà una ipoteca legale.

§ 549.

*Trattazione di alcune questioni controverse relative
al calcolo della legittima.*

Rimangono talune questioni controverse che si possono decidere coi principi sin qui esposti, ma che meritano una speciale trattazione per la diversità delle opinioni tra i giureconsulti. Appartengono ad esse

1) la questione giuridica molto controversa se un figlio diseredato per giusti motivi sia da computare nel calcolo della legittima dei rimanenti figli in essa istituiti ¹¹⁾. Se si vuole rettamente decidere questa controversia si giunge a tre domande.

I. È da computare il diseredato per determinare se la legittima dei restanti figli ammonta alla metà o soltanto al terzo della sua porzione *ab intestato*? (*an exheredatus numerum faciat?*) ¹²⁾. Questa questione è interessante specialmente nel caso che il padre di cinque figli ne abbia diseredato uno. Infatti se qui vien computato il figlio diseredato, ciascuno dei rimanenti figli istituiti nella legittima può

¹¹⁾ A tale controversia son dedicati specialmente i seguenti scritti: *Gebh. Christ.* BASTINELLER, *Diss. I et II de usu theoretico et pratico quaestionis: an filius iuste exheredatus in computatione legitimae inter liberos connumerandus sit nec ne?* (Hallae 1712). — *Christ. Henr.* BREUNING, *Dissert. iur. civ. de filio iuste exheredato connumerando in constituenda legitimae quantitate* (Lipsiae 1753). — LENTZ, *Diss. an iuste riteque exheredatus in computatione legitimae sit connumerandus* (Francof. 1774) *praes. Ioach. Ge. DARIES def.* — *Car. Iac.* SCHEUFFELHUTH, *Diss. de eo, quod iustum est in exheredato, praecipue in legitima computanda praes. Io. Christ. WOLTAER* (Halle 1795), la peggiore fra tutte le dissertazioni. Una delle migliori e fondamentali è invece quella di *Henr. COCCEJI*, *Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt* (Francof. ad Viadrum 1717). Inoltre trattano di ciò *Sam. de COCCEJI*, *iur. civ. contr. h. t. Qu. 18.* — *Io. Christ. CLAPROTH*, *Diss. de computo legitimae secundum personas* (Goett. 1739) § IX seg. — *Arn. VINNIUS*, *Select. iuris Quaestiones* lib. I Q. 21. — *WALCH*, *Introduct. in contr. iur. civ. sect. II cap. IV membr. II § 5*, e le *Meditationen über versch. Rechtsmaterien* dei fratelli OVERBECK, vol. II medit. 84.

¹²⁾ Cfr. MÜHLENBRUCH, l. o. pagine 263-65. Pel nostro diritto vedi la seguente nota 2.

pretendere la metà della sua porzione intestata. Si hanno sopra tale questione tre differenti opinioni. Alcuni¹²⁾ la decidono negativamente e pongono il motivo di decidere in ciò che un diseredato è paragonato nelle leggi ad un morto¹³⁾. Dovrebbe quindi anche nel calcolo della legittima riguardarsi come uno che non esiste. Ma le leggi ove è detto *exheredatum pro mortuo haberi* non parlano della legittima, si vero della *bonorum possessio contra tabulas*. Il pretore non accordava questa ad alcun diseredato quando cioè la diseredazione fosse avvenuta *rite*, poichè ad esso spettava per diritto civile l'azione di inofficiosità. Il pretore veniva in aiuto soltanto dei figli preteriti, specialmente di coloro, che il defunto aveva emancipato durante la sua vita. Riguardo a questa *bonorum possessio* il diseredato era quindi come morto. Infatti la sua esistenza non era di ostacolo ai nipoti preteriti nella istanza per la medesima, nè il diseredato poteva pretendere una quota della eredità, quando i figli emancipati, che il defunto aveva preterito, avessero ottenuto la *bonorum possessio contra tabulas* e per mezzo di essa avessero ottenuto una rescissione del testamento. *Quo enim bonum est eis favere, ut partem jaciant, nihil habituris?*¹⁴⁾ Da ciò non si può trarre alcuna conclusione valida pel calcolo della legittima, essendo l'una e l'altra cose differenti¹⁵⁾. Altri¹⁶⁾ decidono quindi quella questione in modo

¹²⁾ SCHILTER, *Praxis iur. Rom.* Exerc. XIV § 79 seg. — VOET, h. t. § 49. — STRYCK, *de cautelis testamentorum* cap. XVII membr. 1 § 21. — BERGER, *Oeconom. iuris* lib. II tit. IV Th. 16 nota 4. — BOEHMER, *Dig. h. t.* § 6.

¹³⁾ L. 10 § 4 D. *de bon. poss. contra tab.* [37, 4]. L. 1 § 5 *de coniung. cum emancip. liberis* [37, 8].

¹⁴⁾ Vedi la mia *Diss. de constit. legitimae port. parent. quantitate* §§ 27 e 28.

¹⁵⁾ Che la regola *exheredatus pro mortuo habetur* non sia generale, è mostrato da *Ant. FABRO, Coniect. iuris civ.* lib. IX cap. 20.

¹⁶⁾ *Fr. BALDUINUS, Comm. ad Nov. 18* (in *Iurispr. Rom. et Attic.* tom. I pagina 1216). — HUBER, *Praelectiones ad Pand.* h. t. § 14. — STRUV, *Synt. iur. civ.* Exerc. X Th. 32. — WERNHER, *Select. observat. for.* tom. I parte III obs. 82. — PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. I obs. 238 § 1. — HOMMEL, *Rhaps. quaest. for.* vol. I obs. 199 num. 1. — WESTENBERG, *Diss.* III cap. III § 5 seg. — BASTINELLER, *Diss. cit.* I § 30 seg., e tutti gli altri giureconsulti citati nella nota 11. Fra i recenti specialmente WESTPHAL, *Theorie des röm. Rechte von Testamenten* § 395 a. — QUISTORP, *rechtliche Bemerkungen* parte II osserv. 37. — MADJHN, *Princip. iur. Rom. de Succession.* § 145. — HOFACKER,

assolutamente affermativo, perchè nel calcolo della legittima si debba aver riguardo allo stato della eredità *ab intestato* e quindi la diseredazione, come una semplice disposizione testamentaria, potrebbe tornare in danno dei rimanenti titolari della legittima. Questa è pure l'opinione di HELLFELD. Finalmente secondo una terza opinione¹⁷⁾ tutto dipende dal vedere se il figlio sia stato diseredato per tale causa che ove anche il padre fosse morto senza far testamento, sarebbe pure stato escluso dalla successione intestata o no. In quel caso il diseredato non potrebbe esser computato nella determinazione della legittima dei rimanenti figli, poichè anche *ab intestato* non avrebbe ereditato niente¹⁸⁾. Nel secondo caso invece il diseredato sarebbe da calcolarsi e quindi la legittima per ognuno dei rimanenti quattro figli ammonterebbe alla metà della sua porzione intestata. Quest'ultima opinione merita indubbiamente la precedenza, perchè meglio concorda con la natura della cosa. Invero se la legittima è una parte della porzione intestata, pel suo calcolo devesi sempre aver riguardo allo stato della successione intestata. Da ciò segue chiaramente che il diseredato sia da computare nella determinazione dell'ammontare della legittima in quanto esso avrebbe ereditato *ab intestato*. Infatti secondo la Novella 18 cap. 1 e Novella 39 cap. 1 devesi aver riguardo al numero dei figli, che avrebbero potuto ereditare *ab intestato* e in base a ciò dev'esser determinata la legittima. Di qui segue pure che quando le leggi escludono il diseredato anche dalla successione intestata, esso non è da calcolare neppure nella determinazione della legittima, ma deve riguardarsi come se non esistesse. Si domanda quindi

II. se il figlio diseredato sia da calcolare anche nella divisione della legittima, di guisa che per lui pure debba essere assegnata una parte come se ereditasse, quantunque niente riceva. Si esprime ciò ordinariamente così: *an exheredatus partem faciat (ad mi-*

Princip. iur. civ. tom. II § 1713. — HAUBOLD *ad BERGERI, Oecon. iur.* tom. I pag. 399 nota c. — MALBLANK, *Princip. iur. Rom. sec. ord. Digestorum* parte II sect. II § 701. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte II § 913.

¹⁷⁾ Aug. Wilh. MEYER, *Diss. de determinanda legitimae quantitate* (Goett. 1776) § 13.

¹⁸⁾ Cfr. Novella 115 cap. 3 §§ 9, 12 e 14.

nuendam legitimam)? Questa questione non ha alcuna influenza sul numero dei titolari della legittima, ma è di eguale importanza pratica, ammonti la legittima al terzo o alla metà. Noi vogliamo, per esempio, supporre il caso che un padre abbia diseredato uno dei suoi tre figli e istituito gli altri due nella legittima. Se il figlio diseredato non vien calcolato, gli altri due figli ricevono pur sempre per loro legittima soltanto il terzo della eredità paterna, ma di questo terzo ognuno di questi figli riceverà la metà. Se invece il diseredato non vien calcolato nella divisione della legittima, ognuno dei rimanenti figli riceve soltanto la terza parte dell'ammontare della legittima. Se questa ascende, ad esempio, per tutti i figli a 3000 talleri imperiali, riceve in base a quel primo calcolo ognuno dei due figli istituiti 1500 talleri, in base al secondo invece soltanto 1000 talleri. Nella risoluzione di questa seconda questione pertanto le opinioni dei giuriconsulti sono pure divise. Non farà meraviglia ad alcuno che sia decisa negativamente da coloro i quali pongono il principio che il diseredato debbasi considerare come morto. Ma è strano che coloro ¹⁹⁾, i quali esattamente affermano, che il diseredato sia da computare nel calcolo della legittima *ad augendam legitimae quantitatem*, non vogliono tuttavia che sia computato *ad legitimam minuendam* perchè *Pius accrescendi* sempre ha avuto luogo nella determinazione della legittima. Ma questa opinione poggia sopra un fondamento del tutto inesatto e le sta contro una chiara legge. ULPIANO ²⁰⁾ dice espressamente: *Quoniam autem quarta debitaie portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit an exheredatus partem faciat, qui non queritur: utputa sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut PAPINIANUS respondit.* ULPIANO parla qui di un caso nel quale il padre aveva diseredato ambedue i figli. All'uno aveva fatto tuttavia un legato che ammontava a tanto quanto la sua legittima. Questi credeva nulladimeno che con la diseredazione gli fosse stato fatto un torto e promuoveva quindi la querela contro il testamento del padre.

¹⁹⁾ Oltre il nostro autore sono di questa opinione specialmente BREUNING nella cit. *Dissert.* cap. III pag. 17 e MADIHN in *Princip. iur. Rom. de success.* § 145 e nota d.

²⁰⁾ L. 8 § 8 D. h. t.

L'altro invece non agiva. Perchè? Ciò non è detto. Noi possiamo quindi supporre il caso, che non volesse o che non potesse agire. Invero niuno di questi casi è eccezzuato; perciò la legge può essere intesa riguardo all'uno e all'altro come anche il VINNIUS²¹⁾ molto giustamente ha osservato. Sorgeva quindi la questione se nel dato caso la querela fosse ammissibile. Tutto dipendeva secondo il diritto dei tempi di ULPIANO dal vedere se il legato lasciato all'attore costituisse la legittima a lui spettante. Ai tempi di ULPIANO la legittima era ancora la *quarta pars debitae ab intestato portionis* e questa poteva esser lasciata al figlio *titulo singulari* senza che necessariamente dovesse essere stato istituito erede. Si aveva riguardo se l'attore aveva questa quarta. Noi vogliamo quindi supporre che il patrimonio del defunto padre fosse risultato di 12,000 *solidi*: quindi la legittima ammontava pei due figli alla somma di 3000 *solidi*. Se ambedue erano stati istituiti nella legittima, ciascuno avrebbe ricevuto per sua quota 1500 *solidi*. Tanto e forse ancora di più il defunto padre aveva legato al figlio attore. Ma questi credeva, perchè suo fratello non aveva agito, che gli spettasse l'intera quarta dell'eredità paterna. Come decide ULPIANO il caso? Naturalmente contro l'attore e si richiama perciò alla autorità di PAPINIANO, perocchè il figlio attore, secondo il diritto del suo tempo, non avrebbe potuto pretendere più della quarta parte della sua porzione *ab intestato* e l'aveva pienamente ricevuta mediante legato. Invero i 1500 *solidi* costituivano appunto la quarta parte dei 6000 *solidi*, che l'attore diseredato avrebbe ricevuto per sua parte se suo padre fosse morto senza testamento. Non si può negare che il figlio diseredato sia da computare anche nella divisione della legittima, in quanto sarebbe stato coerede *ab intestato*²²⁾, e appunto inconfutabilmente è certo che qui secondo la natura della cosa non possa aver luogo alcun *ius accrescendi*²³⁾, che neppure avrebbe avuto luogo, quando anche i figli

21) *Select. iuris Quaestion.* lib. I cap. 21 pag. 52 (Edit. FRANQUER. 1690, 4).

22) Con me concordano *Luc. van de POLL., de exheredat. et praeterit.* cap. 65 § 3. — COCCEJI, *ius civ. contrav.* li. t. Qu. 18, ed anche VINNIUS, HOFACKER, MALBLANK, HAUBOLD *ad Bergerum* cc. II.

23) La L. 17 D. h. t. non fa contro alla L. 8 § 8 D. h. t., perchè è la questione del tutto diversa se nella querela d'inofficiosità abbia luogo l'*ius accrescendi*

fossero stati completamente istituiti nella legittima ed uno di essi fosse venuto meno, come già sopra ²¹⁾ a pieno fu dimostrato. Così decidesi

III. da sè medesima l'ultima questione, cioè a chi spetti la parte del diseredato. Poichè nel calcolo della legittima il diseredato è da computare come se egli fosse coerede, ne segue naturalmente che la legittima dei rimanenti figli non potrebbe perciò ricevere in alcuna guisa un aumento. Altrimenti contro la intenzione del testatore e delle leggi riceverebbero più di quello che loro spetta. E non spetta ad essi più di un terzo o della metà della loro porzione ereditaria *ab intestato*. Questa la ricevono pienamente. Non hanno quindi alcun diritto alla parte del figlio diseredato, ma essa rimane all'erede istituito oltre di loro, il quale dà ai titolari della legittima nè più nè meno di ciò che avrebbero ottenuto se non avesse avuto luogo alcuna diseredazione ²⁵⁾. CLAPROTH ²⁶⁾ veramente vuol fare una

che vien decisa in quella L. 17. Vedi COCCEJI, *Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt* sect. III. num. 8 seg. Diceasi veramente anche nella L. 8 § 8 cit.: *Et si dicam inofficiosum non totam hereditatem debeo sed dimidiam petere*. Queste parole hanno condotto parecchi giureconsulti a credere che ULPIANO non parli in questo passo del calcolo della legittima, ma decida piuttosto la questione se nella querela abbia luogo l'*ius accrescendi*. Si veda CLAPROTH, *Diss. de computo legitima secundum personas* §§ 14-17. Ma se accettasi questa spiegazione il precedente motivo di decidere: *quoniam quarta debita portio sufficit ad excludendam querelam* resta ivi senza significato e nesso. Anche le seguenti parole, dove trattasi del calcolo della legittima dei nipoti, non sarebbero in alcun legame con quella questione. Evidentemente ULPIANO, soltanto a conferma del discorso precedente, vuol dire che il diseredato non solo devesi computare nel calcolo della legittima per istabilire se la querela sia ammissibile, ma che anche devesi aver riguardo a lui quando effettivamente la querela è fondata. Anche qui verrebbe meno di regola l'*ius accrescendi* e il diseredato potrebbe agire soltanto per la sua quota ereditaria *ab intestato*, sul che la L. 17 D. h. t. *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti* contiene un'eccezione. Si veda NOODT, *Comm. ad Pand. h. t.* tom. II *Oper.* pag. 170.

²¹⁾ Vedi § 614 num. V pag. 68. Afferma il contrario senza fondamento WESTENBERG, *Diss. IV de port. legitima* cap. IV § 17.

²⁵⁾ Vedi STRUY, *Exerc. X Th.* 32 num. 3. — WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 395 a. — WALCH, *Introd. in controv. iur. civ.* sect. II cap. IV membr. 2 § 5 pag. 196. — Lud. Henr. LILLEN, *Diss. de legitima* § 14 num. 1. — HOFACKER, tom. II § 1713 in fine. — MALBLANK, loc. cit. pag. 859 seg.

²⁶⁾ Cit. *Diss.* § 27.

distinzione secondo che il diseredato agisce o no; nel primo caso la legittima del medesimo accrescerebbe quella dei restanti figli, abbia l'attore perduto il processo o l'abbia fatto cadere ²⁷⁾). Nell'altro caso invece la parte del diseredato rimarrebbe all'erede principale istituito ²⁸⁾, purchè il diseredato *repudiantis animo* non dovesse aver tralasciato l'azione, nel qual caso la porzione di lui spetterebbe ai rimanenti figli ²⁹⁾. Ma le leggi, cui egli riferiscesi, parlano soltanto del diritto di accrescimento nella querela ³⁰⁾ dal quale non si può trarre una conclusione valida per la legittima ³¹⁾.

Una questione giuridica non meno controversa è

2) questa: se un figlio che durante la vita del defunto ascendente ha rinunciato alla futura eredità del medesimo debba esser computato nel calcolo della legittima degli altri figli ²⁾.

²⁷⁾ Arg. L. 16 e 23 § 2 D. h. t.

²⁸⁾ Arg. L. 8 § 8 D. h. t.

²⁹⁾ Arg. L. 17 pr. D. eodem.

³⁰⁾ Thom. PAPILLIONIUS, *de iure accrescendi* in Ev. OTTONIS, *Theor. iur. Rom.* tom. IV pag. 77, e WESTPHAL, *von Testamenten* § 1025.

³¹⁾ NOODT, *Comm. ad Pand.* h. t. § *Ut ut crit.* tom. II *Operum* pag. 170.

2) MÜHLENBUCH, l. c. pagine 265-70. Nel nostro diritto tali questioni sono sparite pel diverso modo di calcolare la legittima. E giustamente osserva anche il BORSARI, *Comm. al Cod. civ.*, § 1729, che non vi è più bisogno alcuno di ricorrere alla finzione di esistenza giuridica del legittimario incapace o rinunziante. Nel sistema del Codice italiano la quota di legittima è invariabile, ed è sempre pei discendenti, come è noto, la metà dei beni. Se poniamo che dei due figli l'uno sia incapace o rinunziante (supposta una valida rinunzia secondo il disposto degli articoli 944-954 Cod. civ.), l'altro acquista l'intera legittima per diritto proprio e come se fosse stato unico. Ciò, del resto, è conforme ai principj sulla rinunzia, poichè chi rinunzia all'eredità è considerato come se non vi fosse stato mai chiamato (art. 945), e se l'erede rinunziante può ritenere la donazione o chiedere il legato a lui fatto sino a concorrenza della porzione disponibile, non può tuttavia ritenere o conseguire nulla a titolo di legittima (art. 945 cap. 1003).

Sarebbe totalmente diverso il caso che il legittimario non fosse incapace o avesse rinunciato, facendo così di fatto e di diritto scomparire la propria persona, ovvero avesse sostituito altri nel proprio diritto mediante cessione. Infatti i beni che ci spettano a titolo di legittima sono cedibili, e anche il diritto stesso è alienabile. In tal caso riguardo al cedente non si ha una mera finzione, ma realmente niun posto è rimasto vuoto, e la legittima, nell'esempio dei due figli, divideasi tra i due titolari di essa.

Logiche sono pure le conseguenze cui perviene il BORSARI, l. c. § 1731 pel caso che siano incapaci i legittimari chiamati in primo luogo, ed esistano anche dei posteriormente chiamati. Se i figli sono insuccessibili per rinunzia o indegnità, allora hanno

Un tal contratto ereditario di rinunzia secondo i principi del diritto romano di regola era nullo. Il rinunziante, malgrado ciò, quando gli era devoluta l'eredità poteva adirla secondo il diritto civile o chiedere la *bonorum possessio* ³²). Anzi anche quando una figlia nei patti matrimoniali si fosse obbligata ad appagarsi della dote ricevuta e a non accampare alcuna ulteriore pretesa alla futura eredità di suo padre, tal contratto è pur dichiarato nullo nel diritto romano ³³), *quia*, come PAPIANO ³⁴) dice adducendo il motivo, *privatorum cautio legum auctoritate non censetur*. Neppure la espressa rinunzia alla querela contro il testamento paterno non l'aboliva, quando pure il figlio perciò fosse stato tacitato con cose o danaro ³⁵). Tuttavia ciò nullostante quella questione deve esser decisa coi principi del diritto romano e non si può ritenere con QUISTORP ³⁶) che presso i Romani non siasi potuto presentare. Vi è pur sempre la questione se quelle leggi si riferiscano anche al caso che l'erede necessario rinunziante sia rimasto pienamente soddisfatto per la sua legittima. Non senza fondamento ci fa sorgere dubbio ULPIANO, quando dice ³⁷): *si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius, quantum satis est (i. e. legitimam) contulit, ne iudicia eius inquietet, exceptione doli repellitur*. Per mezzo di contratti adunque secondo lo spirito di quelle leggi non deve esser arrecato alcun danno alla legittima, come distesamente ha dimostrato il signor Ord. BAUER ³⁸). Poniamo anche che con Joseph FINESTRES ³⁹) si voglia intendere la decisione di ULPIANO come relativa soltanto alla *bonorum possessio contra tabulas*, che il pretore accordava al padre come manomissore

³²) L. 94 D. *de acquir. vel omitt. heredit.* [39, 2].

³³) L. 3 C. *de collation.* [6, 20].

³⁴) L. ult. D. *de suis et legitimis heredit.* [38, 16].

³⁵) L. 35 § 1 C. *de inoff. testam.*

³⁶) *Rechtliche Bemerkungen*, parte 2 edite dal D. WIESE, osserv. 37 pag. 130.

³⁷) L. 1 § 3 D. *si a parente quis manumissus sit* [37, 12].

³⁸) *Diss. I de pacto hereditatis renunciativo* (Lipsiae 1780) §§ 4-12.

³⁹) *Commentar in HERMOGENIANI Icti juris epitomar.* lib. VI tom. II ad L. 94 D. *de acquir. heredit.*, § 5 pag. 674.

diritto alla legittima gli ascendenti. Così l'indegnità o la rinunzia dei genitori apre l'adito alla legittima dei superiori ascendenti.

del figlio, e ritenere con questo grave giureconsulto, che il padre non fosse stato escluso dalla querela d'inofficiosità che secondo l'antico diritto civile gli spettava come padre (*nec enim ei nocere debet*, dice ULPIANO ⁴⁰⁾ non senza fondamento, *quod iura patronatus habebat cum sit et pater*). Si aveva tuttavia anzitutto riguardo a questo se l'erede necessario rinunziante voleva promuovere la querela a lui tuttora spettante in ogni caso o piuttosto riconoscere la ultima volontà del relinquente. Infatti GIUSTINIANO nella costituzione sopra citata dove dichiara invalida la rinunzia alla querela, aggiunge espressamente: *sed hoc ita admittimus nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit*. In ogni caso secondo i diritti tedeschi, in base ai quali tutte le specie dei contratti ereditari sono validi, contro questo figlio che durante la vita del defunto ascendente è stato tacitato sarebbe opponibile la *exceptio doli*. A dir breve la questione deve esser decisa col diritto romano.

Per giungere tuttavia alla decisione, le opinioni dei giureconsulti discordano fra loro assai più che riguardo a quella prima questione relativa ai figli diseredati.

Il VOET ⁴¹⁾ distingue se la rinunzia è avvenuta assolutamente e senza arricchimento, o se il figlio rinunziante sia stato tacitato mediante una dote, corredo nuziale, collocamento o altrimenti con qualche altra cosa. Nel primo caso il figlio che, senza alcuno arricchimento, ha rinunciato alla eredità del defunto ascendente sarebbe da ritenersi come morto e quindi da non calcolarsi in alcun modo. Nell'altro caso invece il figlio tacitato sarebbe in ogni caso da calcolare così quando si ha riguardo all'aumento della legittima sino alla metà della porzione intestata, come alla diminuzione della legittima stessa nella sua divisione. Invero il figlio rinunziante mediante ciò che ha ricevuto avendo diminuito il patrimonio paterno, ciò dovrebbe tornare in vantaggio dei restanti figli anche riguardo al numero. La quota di lui tuttavia non costituisce un accrescimento a favore dei rimanenti figli istituiti nella legittima, ma degli eredi

⁴⁰⁾ L. 1 § ult. D. *si a parente quis manumissus*.

⁴¹⁾ *Commentar. ad Pandect. h. t.* §§ 49 e 50.

istituiti insieme a questi, siano figli od estranei. Se però la rinunzia fosse avvenuta senza arricchimento soltanto a favore di una determinata persona, la quota del figlio rinunziante costituirebbe un accrescimento soltanto per la persona che ne fu favorita.

Il BERGEE ⁴²⁾ afferma precisamente il contrario. Se il figlio rinunziante, dice esso, senza ricevere alcunchè in compenso, ha rinunciato alla eredità del defunto ascendente durante la sua vita, sarebbe da computarsi: se è stato invece opportunamente compensato, la porzione di lui dovrebbero defalcare dalla legittima dei rimanenti figli, poichè esso ha già ricevuto la legittima durante la vita dell'ascendente e, per conseguenza, questa non potrebbe esser data due volte.

Altri giureconsulti ⁴³⁾ vogliono che un figlio che ha ricevuto compensi sia computato nel calcolo della legittima solo in quanto con ciò l'ammontare della legittima vien diminuito, non però se questa pel cómputo del figlio stesso dovesse essere accresciuta sino alla metà della porzione intestata. Quando, per esempio, il defunto ascendente ha lasciato quattro figli o meno, fra i quali la figlia al momento del matrimonio ha rinunciato all'eredità paterna contro ricevimento della sua dote, i rimanenti figli sono invece stati istituiti soltanto nella legittima, spetterebbe la parte della figlia compensata sul *triens* agli eredi principali istituiti dal padre insieme ai figli. Quando invece, calcolata anche la figlia compensata, vi fossero cinque figli, la legittima dei figli non ammonterebbe qui alla metà, ma soltanto al terzo della eredità paterna e se lo dividono intieramente fra loro i quattro figli istituiti nella legittima, con esclusione della sorella compensata.

Altri ancora ⁴⁴⁾ credono che quando sia avvenuta una divisione patrimoniale (*Grund- und Todtheilung*) ^{a)} il figlio così diviso secondo

⁴²⁾ *Oecon. iuris*, lib. II tit. IV th. 16 nota 4 n. 2 pag. 399 edit. HAUBOLD.

⁴³⁾ FACHINAEUS in *Controv. iuris* lib. IV cap. 31 concl. 4. — STRUV, *Synt. iur. civ. exercit.* X th. 32. — CARPZOV, parte III const. X def. 14.

⁴⁴⁾ *Ad. Sieg. Phil.* SEMMLERS, *Untersuchung, ob die berathenen oder abgesonderten Kinder bei der Berechnung des Pflichttheils mit zu zählen sind, oder nicht* (Halle 4).

a) Su questa divisione del patrimonio tra i figli e il genitore superstite che passa.

i costumi tedeschi sia da riguardare come morto rimpetto ai genitori e già prima di loro, ed esso perciò come tale, non potrebbe più aver alcun diritto alla successione intestata, e insieme alcuna diminuzione o alcun aumento della legittima mediante il cómputo di lui.

Nulladimeno la maggior parte dei giureconsulti ⁴⁵⁾ rigetta a buon diritto tutte queste distinzioni ed afferma che un figlio il quale durante la vita del defunto ascendente ha rinunciato alla eredità di lui, sia da computare senza distinzione nel calcolo della legittima dei rimanenti figli così *quoad partem* come *quoad numerum*. Quest'ultima opinione merita tanto più la precedenza ⁴⁶⁾, poichè nel calcolo della legittima si ha sempre riguardo a quanto sarebbe ammontata in sè stessa e per sè stessa se tutti i figli che le leggi non escludono dalla successione intestata, avessero potuto pretendere la legittima in quanto non avessero meritato la diseredazione o non avessero rinunciato all'eredità del defunto ascendente. Imperocchè come un padre con la diseredazione di un figlio, così un figlio con la sua rinuncia non può far sì che in questo modo sia cambiata o diminuita la legittima legalmente fissata dei rimanenti figli. Non si obietti che un figlio che durante la vita del defunto ascendente ha rinunciato all'eredità di lui, non avrebbe ereditato *ab intestato*. Infatti la rinuncia non abolisce la qualità di figlio come legittimo

⁴⁵⁾ MANZ, *Tr. de legitima*, qu. IV n. 21 seg. — *Iuc. van de POLL*, *de exheredit. et praeterit.* cap. LXV § 9 pag. 505 seg. — HOMMEI, *Rhapsod. quaest. for.* vol. I obs. 199 n. 1. — COCCEJI, *Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt* sect. VI. — PUFENDORF, *Observation iuris univ.*, tom. I obs. 238. — CLAPROTH, *Diss. de computo legitimas secundum personas*, § 26. — QUISTORF, *Rechtl. Bemerkungen* parte 2 oss. 37 pag. 131. — WALCH, *Introduct. in contro. iur. civ.* pag. 195 nota *) (edit. tertia, Jen. 1791).

⁴⁶⁾ Eccellentemente ha esposto questa opinione contro *Ant. FABRO*, *de errorib. Pragmaticorum* decad. XII err. 8, *Bartholom. KELLENBEHTZ* in *Quaest. illustres de renunciatione succession. praes. familiar. illustr.* quaest. 37 pag. 461 seg.

a seconde nozze cfr. HEUSLER, *Inst. des deutsch. Privatr.*, II § 161. È un istituto proprio del diritto tedesco. Tale divisione racchiude una completa e definitiva soddisfazione dei figli di primo letto pel loro diritto ereditario riguardo al genitore che passa a nuove nozze, il quale libera così da ulteriori pretese sì la quota che apporta al secondo matrimonio, sì gli acquisti posteriormente fatti.

erede del defunto ascendente, ma ha soltanto l'effetto che al medesimo sarebbe opposta la *exceptio pacti*, se volesse accampare una pretesa alla eredità cui egli ha rinunciato. Si aggiunge a ciò che ogni rinuncia ad una futura eredità avviene sempre pel caso che essa sarà devoluta al rinunciante e quindi non ha efficacia prima che la condizione esista ⁴⁷⁾. Se pertanto il rinunciante fosse da considerarsi come morto in qual modo potrebbe essergli deferita l'eredità?

Tuttavia anche fra quei giureconsulti che vogliono computato il figlio rinunciante nel calcolo della legittima dei rimanenti figli, regnano pure diverse opinioni riguardo a colui cui deve spettare la parte di un tale figlio. Alcuni affermano ⁴⁸⁾ che questa deve tornare in vantaggio del più favorito dal padre o dell'erede principale istituito, dai figli infuori, e che ciò sia sempre da presumere nel dubbio. Altri ⁴⁹⁾ invece vogliono che si debba distinguere se la rinuncia alla eredità è avvenuta soltanto a favore di una sorella o assolutamente. Nel primo caso la parte del rinunciante deve spettare soltanto a colui in cui favore la rinuncia fu espressamente fatta, nell'altro invece a tutti i fratelli e le sorelle.

Se si trattasse della successione intestata, quest'ultima opinione meriterebbe ogni accoglienza. Ma siccome il defunto ascendente ha istituito i rimanenti figli soltanto nella legittima, così è da preferirsi la prima opinione come più conforme alla natura della legittima. Finalmente rimane

3) la questione se un erede necessario, che dopo la morte del relinquirente rifiuta la sua quota, sia da computare nel calcolo dei rimanenti in essa istituiti. I giureconsulti discordano anche nella risoluzione di questa questione. BERGER ⁵⁰⁾ distingue qui, come in quel caso, poichè è avvenuta una rinuncia alla eredità già durante

⁴⁷⁾ KIND, *Quaestion. for.* tom. III cap. 6 pag. 67.

⁴⁸⁾ Luc. van de POLL, l. c. pag. 508. — LILIEN, *Diss. de legitima* § 14 n. II, e QUISTORP, l. c. pag. 132.

⁴⁹⁾ PUFENDORF, l. c. §§ 4 e 5. — CLAPROTH, *Diss. cit.* § 28. — KELLENBENTZ, *de renunciat. successionis quaest.* 38 pag. 481 seg.

⁵⁰⁾ L. c. cit. pag. 399.

la vita del relinquirente. Ma la maggior parte dei giureconsulti ⁵¹⁾ è concorde in ciò che questo figlio, il quale dopo la morte di suo padre o di sua madre ripudia l'eredità debbasi calcolare nella determinazione della legittima dei rimanenti figli e, per conseguenza, questa ammonterebbe alla metà della loro porzione intestata, se, compreso il figlio ripudiante, fossero cinque. Solo son di differente opinione sul decidere a chi spetti la parte del figlio ripudiante. Alcuni ⁵²⁾ dicono che questa porzione costituisce un accrescimento a favore dei rimanenti figli. Altri ⁵³⁾ distinguono se il ripudiante ha dichiarato espressamente a vantaggio di chi ha ripudiato l'eredità o no. Nel primo caso otterrebbe la parte del ripudiante solo colui, in cui favore è avvenuta la rinunzia. Nell'altro caso invece sarebbe un accrescimento a favore di tutti i rimanenti eredi necessari istituiti nella legittima, escluso l'erede principale estraneo insieme ad essi istituito. Altri pure ⁵⁴⁾ affermano, che anche l'erede principale istituito, così come gli altri eredi necessari istituiti nella legittima, abbia un diritto alla parte del ripudiante e che questa sia esclusivamente un accrescimento per i titolari della legittima solo quando la legittima sia stata lasciata loro *titulo legati* in tal guisa che essi sono da considerare come *collegatari*. Finalmente vi sono giureconsulti ⁵⁵⁾ che vogliono attribuita la parte del ripudiante solo all'erede principale istituito oltre la legittima purchè il ripudio non sia avvenuto espressamente riguardo ai rimanenti titolari della legittima o in particolare vantaggio di uno di loro. Quest'ultima opinione merita la preferenza. Le si oppone veramente la L. un. Cod. *Quando non petent. partes petentib. accresc.* e la L. 17 pr. D. h. t. Ma invano, non riferendosi a ciò l'una e l'altra di tali leggi. Quella

51) *Luc. van de POLL, de exheredit. et praeterit.* cap. 65 § 6. — CARPZOV, parte III const. X def. 15. — STRUV, *Synt. iur. civ. exercit.* X th. 32. — CLAPROTH, *Diss. cit.* § 25.

52) CARPZOV, l. c. — QUISTORP, *rechtl. Bemerkungen*, parte 2 osserv. 37 nota h pag. 134.

53) CLAPROTH, *Diss. cit.* § 28.

54) STRUV, l. c. exerc. X th. 32 n. 3. — WESTENBERG, *Diss. IV de port. legitima* cap. IV § 17.

55) *Luc. van de POLL*, loc. cit. pag. 502, e LILLEN, *Diss. de legitima* § 14 num. II.

parla di più figli, a cui spetta la *bonorum possessio*, e qui le parti di coloro che non l'hanno domandata debbono essere un accrescimento per coloro che la richiesero. La seconda legge non si riferisce a figli che sono istituiti soltanto nella legittima, quando accanto a loro esiste un erede principale, che per volontà del testatore deve ricevere il rimanente patrimonio. Qui non vi è alcuna congiunzione come nel caso che sia deferita ai figli la *bonorum possessio ab intestato*. L'ultima legge parla di due figli contemporaneamente diseredati, che potrebbero ambedue agire, dei quali però uno *repudiantis animo* non agisce. Qui certamente l'*ius accrescendi* torna in vantaggio dell'attore, perchè la querela annulla il testamento ⁵⁶).

§ 550.

Differenti mezzi giuridici che spettano agli eredi necessari a causa della loro legittima.

Spettano agli eredi necessari taluni mezzi giuridici con cui possono ottenere la legittima ⁵⁷).

I. Agli eredi necessari è stata lasciata in modo conforme alla legge e nel conveniente ammontare la legittima loro spettante. Qui è da distinguere. O essi sono

A) nel possesso della eredità e allora possono valersi di un diritto di ritenzione ⁵⁸). O non trovansi

B) in questo possesso. Stanno a loro disposizione mezzi giuridici possessori e petitori. Cioè la legittima

1) è stata lasciata loro in forma di istituzione in erede. Qui

a) mezzi giuridici possessori sono l'*interdictum quorum bo-*

⁵⁶) WESTPHALS, *Diss. de iure accrescendi inter coheredes* cap. VII § 29.

⁵⁷) Di questi mezzi giuridici trattano WESTENBERG, *Diss. IV de port. legitima* cap. IV. — Jo. Lud. SCHMID, *Progr. de remediis iuris, quas liberis institutis propter legitimam competunt* (Jenae 1773). — HOFACKER, tom. II, 1718-1720.

⁵⁸) L. 21 C. *famil. ercisc.* [3, 36]. Spetta all'erede il diritto di ritenzione così a causa della falcidia, come della quarta trebelliana. L. 1 § 9 D. *ad L. Falc.* § 7 I. *de fideicomm. hered.*; L. 1 C. *ad Sctum Trebell.*

norum e il *Remedium ex L. fn. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo* [43 2] ⁵⁹⁾.

b) azioni petitorie, ossia la particolare petizione di eredità, quando il convenuto si asserisce unico erede e contesta all'erede necessario il suo diritto sulla legittima ⁶⁰⁾ o l'azione di divisione dell'eredità (*actio familiae erciscundae*) quando il convenuto riconosce l'attore per un coerede, ma pel calcolo della legittima o la sua divisione esiste controversia fra le parti ⁶¹⁾.

2) Se la legittima è stata lasciata *titulo legati* o per un altro titolo speciale, hanno qui luogo le azioni che spettano ai legatari, cioè la *rei vindicatio*, l'*actio personalis ex testamento* e l'*actio hypothecaria* ⁶²⁾ o i mezzi giuridici possessori ad essa corrispondenti, *interdictum Salvianum utile* ⁶³⁾. Secondo la pratica qui pure il *remedium ex L. fn. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo* ⁶¹⁾.

II. Gli eredi necessari sono stati istituiti nel testamento, ma non fu loro lasciata la legittima nella conveniente quantità e fu loro assegnato meno di ciò cui essa ammonta. In questo caso il testamento in sè non è invalido e non può essere impugnato, quando pure sia stato lasciato loro meno della legittima e quando anche il testatore avesse espressamente ordinato che essi debbano appagar-

⁵⁹⁾ V. WESTPHALS *Syst. Commentar. über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Rechte und Pfichte des Erben, auch dessen possessori-schen und petitorischen Rechtsmitteln* parte 6 § 532 seg.

⁶⁰⁾ L. 10 § 1 D. *de hered. petit.* [5, 3]. — WESTPHALS, cit. *Commentar* § 514 pag. 328 seg.

⁶¹⁾ L. 2 pr. e § 1 D. *fam. ero.* [10, 2]. — WESTPHALS *System der Lehre von den einzelnen Vermächnißarten und der Erbtheilungsklage* parte 2 sez. 2 § 676 seg.

⁶²⁾ LEYSER, vol. VI specim. CCCLXXXI medit. 1. Di altra opinione è MANZ, *de legitima* qu. 56 n. 7.

⁶³⁾ § 3 I. *de interdictis* [4, 15]. — MERLIN, *de legitima* lib. 5 tit. 4 qu. 7.

⁶⁴⁾ LEYSER, specim. CCCLXXXI medit. 4 seg. — REINHARTH, *Select. Observation. ad Christianaei Decisiones* vol. IV obs. 35. — LAUTERBACH, *Colley. th. pract. Pandectar.*, lib. XXX § 43. — Ciò non è certamente conforme alla teoria, come hanno dimostrato Gotfr. MASCOV in *Exercitat. iur. civ. ad L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo* (Harderovici 1733) § 13, e Jo. Pet. de SPREKELSEN in *Disp. de remedio ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo* (Goettingae 1749) cap. II § 13.

sene e che debbano essere esclusi dal restante patrimonio ⁶⁵⁾; ma all'erede necessario leso spetta qui soltanto l'azione di completamento, *condictio ex L. 30 C. de inoffic. testam.*, ossia *actio expletoria o suppletoria*, mediante la quale egli può agire affinché il convenuto, in base ad un inventario legalmente valido o ad una specificazione giurata della eredità, gli consegni ciò che manca a costituire la legittima ⁶⁶⁾ ^{b)}. Le parole della costituzione giustinianea ⁶⁷⁾, dove trovasi questa azione, suonano così: *omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus: et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut sive adiciatur in testamento de adimplenda legitima portione sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum, vel alio modo subvertendum quaeri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est ad adimplendam eam sine ullo gravamine, vel mora exigere: si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam*

⁶⁵⁾ Di altra opinione è veramente Ant. FABRO, *de errorib. Pragmaticor.* decade XIV err. 9. Egli crede che la *querela inofficiosi* debba essere adoperata nel caso che l'erede necessario sia stato espressamente escluso dal rimanente patrimonio del testatore. Ma senza fondamento. Si veda WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 608.

⁶⁶⁾ Burckh. BARDILI, *Disp. de conditione ex lege ad supplementum legitimae* (Tubingae 1659) e Gabr. SCHWEDER, *Diss. de conditione ex lege liberis ad supplementum legitimae competente*.

⁶⁷⁾ L. 30 pr. C. h. t.

^{b)} Su questa *actio expletoria* o *suppletoria* cfr., oltre i manuali, SCHLEINITZ, *Comm. de actione, qua ad legitimam portionem supplendam agitur* (Goetting 1819); FRANCKE, op. cit. pagine 328-349; MÜHLENBRUCH, *Contin. del Glück*, XXXVI § 1421 f. XXXVII, § 1422 (Ediz. ital. lib. XXVIII tit. 2 §§ 1421 f.-1422).

Il VANGEROW, *Pand.*, § 486 ritiene che la L. 30 C. *de inoff. test.* abbia voluto introdurre l'*actio suppletoria* soltanto pel caso in cui sino ad allora il testamento poteva essere impugnato con la querela e dal patrono mediante la *bon. poss. contra tabulas*. Al che giustamente risponde il KOEPPEN, *System des heut. röm. Erbrechts*, pag. 152, nota 358, che così restringe in modo inammissibile le parole affatto generali di quella legge.

eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare et huiusmodi quaestionem introducere. Et haec quidem de his personis statuimus quorum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione relinquerint. Quest' azione presuppone quindi c)

1) che la legittima sia stata lasciata all'attore veramente *debito modo*, ma non *in debita quantitate*. Ora la legge non fa alcuna distinzione se la scarsa quota sia stata lasciata all'erede necessario in forma di istituzione d'erede o come un legato. Tuttavia secondo la Novella 115 cap. 3 e 4 per i genitori e i figli vien richiesto che essi siano stati chiamati eredi nella scarsa quota. Se ciò sia avvenuto, quantunque riguardo ai rimanenti abbia avuto luogo una diseredazione, non è ammessa querela alcuna a causa d'inofficiosità. Si ha riguardo tuttavia se la diseredazione è stata fatta per un motivo legittimo e fondato sul vero, o no. Nel primo caso verrà meno affatto l'azione di completamento. Nel secondo invece non si può agire che pel completamento della legittima; l'azione d'inofficiosità non ha luogo neppur quando nella forma della diseredazione si dovesse manifestare una inofficiosità⁶⁸⁾. Riguardo ai fratelli e alle sorelle, al contrario, la scarsa quota, che a loro fu lasciata *titulo legati*, è da considerare come se in essa fossero stati istituiti eredi.

⁶⁸⁾ WESTPHAL, l. c. § 608 pag. 459 seg.

c) Per questi caratteri dell'*actio expletoria* cfr. anche TEWES, *System des Erbrechts*, II § 135.

Si controverte sulla vera natura giuridica di quest'azione. Taluni, come il PUCHTA, *Vorles.* § 489, insegnano che quell'azione, con cui domandasi ciò che espressamente è lasciato, si estende da sé medesima alla quantità che deve essere completata per legge. Pertanto secondo la diversità dei casi il supplemento sarebbe da pretendere con la *hereditatis petitio* o con l'*actio familiae erciscundae* o con la petizione del legato. Invece la maggior parte dei civilisti (così anche ARNDTS, *Civ. Schriften* II pag. 618) concepisce quell'azione come personale e derivante da una obbligazione imposta per legge all'erede, simile alla *personalis actio ex testamento*. A questi aderisce anche TEWES, l. c., osservando tuttavia che il legittimario, quando è nominato coerede, può far valere la sua pretesa al supplemento anche nel giudizio di divisione dell'eredità. Cfr. un dettagliato esame delle dispute intorno alla natura dell'*actio expletoria* in MÜHLKNBRUCH, l. c. XXXVI pag. 21 seg. del testo tedesco.

2) L'azione suppletoria ha pur luogo quando anche la scarsa quota lasciata fosse stata ricevuta senza alcuna riserva. L'erede necessario non deve perciò esser paragonato all'erede principale istituito; egli deve espressamente aver dichiarato di accontentarsi di ciò che ha ricevuto. GIUSTINIANO ⁶⁹⁾ dice espressamente: *Et generaliter definimus: quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causa donatione, vel inter vivos, sub ea conditione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur: si filius post obitum patris hoc, quod relictum vel donatum est, simpliciter agnoverit, forte et securitatem heredibus fecerit, quod ei relictum vel datum est, accepisse, non adiiciens, nullam sibi superesse de repletione quaestionem: nullum sibi filium facere praeiudicium, sed legitimam partem repleri: nisi hoc specialiter, sive in apocha, sive in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo, quod deest, nullum habeat quaestionem. Tunc enim omni exoluta querela, paternum amplecti compelletur iudicium. Quae omnis sanctio suas radices extendat non solum ad filium vel filiam, sed etiam ad omnes personas, quae de inofficioso querelam contra mortuorum elogia possunt movere.* Con ciò concorda anche la pratica ⁷⁰⁾.

3. Niente nuoce che il testatore non abbia espressamente ordinato il completamento della legittima. Soltanto, secondo il più antico diritto in questo caso, poteva aver promossa l'azione d'inofficiosità (§ 548 p. 111 del testo tedesco). Tuttavia GIUSTINIANO ha mutato anche questo. *Sin vero*, dice egli ⁷¹⁾, *quantacumque pars hereditatis, vel res ei fuerit relicta; de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, usque ad quartam legitimae partis repleatur: licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.* Si afferma tuttavia che nel caso che il testatore abbia espressamente ordinato che all'erede necessario debba essere aggiunto quello che gli manca sulla legittima, abbia luogo anche l'*actio personalis ex testamento* ⁷²⁾.

⁶⁹⁾ L. 35 § 2 C. de inoff. testam. — VOET, *Comm. ad Pand. h. t.* § 69.

⁷⁰⁾ STRUBEN, *rechtliche Bedenken* parte 4 pens. 96. — PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. II obs. 86 § 4. — WERNHER, *Select. Observat. for.* tom. III parte IV obs. 9. — De LUDOLF, *Observat. for.* observ. 372 in supp. pag. 347.

⁷¹⁾ § 3 I. h. t. Vedi Iac. GOTHOFREDUS in *Commentar ad L. 4 C. Theod. h. t.* tom. I pag. 201.

⁷²⁾ VINNIUS, *Comm. ad § 3 I. h. t. n. 4.* — SCHMIDT, *Progr. cit.* § 7.

4) L'azione suppletoria vien promossa contro il coerede, mediante la cui istituzione l'attore è stato leso nella legittima. Anche ciò dice espressamente GIUSTINIANO: *Præcipimus*, dicesi nella Novella 115 cap. 5, *ut, quod minus legitima portione eis relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur*. Parecchi giureconsulti ⁷³⁾ affermano che possa esser promossa anche contro i legatari, anzi per necessità anche contro un terzo che possieda qualche cosa del patrimonio del testatore, sul quale spetta la legittima all'attore e ritengono quest'azione come *actio in rem scripta*. Ma il VOET ⁷⁴⁾ ha confutato questa opinione e mostrato che è una semplice azione personale. A quest'opinione accedono anche *Iust. Henn. BOHEMER* ⁷⁵⁾ e *HOFACKER* ⁷⁶⁾.

5) L'azione suppletoria passa senza distinzione agli eredi, senza che perciò vi sia bisogno di una speciale agnizione o preparazione ⁷⁷⁾.

6) Essa dura secondo la regola delle azioni personali, trenta anni. Per lo meno ciò per l'odierno uso del foro non è soggetto ad alcun dubbio ⁷⁸⁾. In teoria invece è controverso, sostenendo parecchi giureconsulti ⁷⁹⁾ che l'azione suppletoria si estingue col decorso di cinque anni. Questa opinione fondasi sulle ultime parole della L. 34

⁷³⁾ BARDILI, *Diss. cit.* § 30. — SCHWEDER, *Diss. alleg.* § 4. — MERLINUS, *de legitima* lib. V tit. 4 qu. 6. — SCHMIDT, *Progr. cit.* § 6, e nel *Lehrbuch von Klagen und Einreden* § 551.

⁷⁴⁾ *Commentar ad Pand. h. t.* § 70.

⁷⁵⁾ *Doctr. de actionib. sect. II cap. III* § 40.

⁷⁶⁾ *Princip. iur. civ. tom. II* § 1719.

⁷⁷⁾ L. 34 in fine C. h. t. — BARDILI, *Diss. cit.* § 27. — VINNIUS, *Comment ad § 3 I. h. t. n. 4.*

⁷⁸⁾ SCHILTER, *Praz. iur. Rom. exercit. XIV* § 29. — FABRO, *Cod. definit. for. lib. III tit. XIX definit. 7.* — GAIL, *pract. Observation* lib. II obs. 120 n. 7. — BERLICH, *Conclus. pract. parte III concl. XIII n. 33.* — BARDILI, *Diss. cit.* § 43. — BÖHMER, *de action. l. c.* — STRUV, *exerc. X th. 31.* — MÜLLER, *ad Eundem l. c. nota y.* — STRUBEN, *rechtliche Bedenken parte 4 pens. 96.* — HÖPFNER, *Commentar über die Heineccischen Institutionen* § 1187. — SCHMIDT, *Lehrbuch von Klagen* § 553 pag. 394. — THIBAUT, *über Besitz und Verjährung* § 48 pag. 130. — HOFACKER, t. II § 1719 in fine.

⁷⁹⁾ HUBER, *Praelect. ad Pand. h. t.* § 20. — Jac. VOORDA, *Elect. cap. XI.* e lo stesso in *Interpret. et Emendation. iuris Rom. lib. III cap. 7.* — DORN, *Singular. querelae testamenti inofficiosi capita* (Kiel 1740), § 20.

C. h. t. dove GIUSTINIANO dice: *Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse; testamento remoto, ab intestato vocari, nisi certa quantitas patri eius minor parte legitima relicta est: tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competebat, ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.* GIUSTINIANO decide qui il caso che il figlio diseredato nel tempo che l'erede istituito deliberava circa l'adizione dell'eredità, muoia senza aver alcuna preparazione o deliberazione relativa alla querela e lasci un nipote. Secondo l'antico diritto il nipote non subentrava nella querela dopo la morte di suo padre. Anche la *Lex Iunia Velleia* non era qui di alcun soccorso perchè questa legge richiedeva che il figlio morisse durante la vita del padre affinchè il nipote subentrasse: questi non aveva adunque alcuna azione. Ma GIUSTINIANO vuole che in questo caso il nipote abbia gli stessi diritti che il figlio aveva. Egli deve quindi poter promuovere la querela con piena efficacia, se anche il figlio diseredato, durante la sua vita non avesse fatto alcun atto preparatorio riguardo a questa azione, sia pure che al medesimo fosse stata lasciata una certa somma che tuttavia è minore della legittima. In questo caso il nipote deve, in quanto al padre spettava tuttora un'azione, poter agire soltanto pel supplemento della legittima. Ora vi è la questione se le parole *nisi pater adhuc superstes, etc. — vel quinquennio tacuit scilicet post aditam hereditatem* si riferiscano all'azione suppletoria o all'azione d'inofficiosità. Per la prima opinione si possono addurre importanti argomenti. In primo luogo l'intero nesso parla a favore di questa interpretazione: poichè immediatamente sopra parlasi dell'azione suppletoria. In secondo luogo queste eccezioni non convengono all'azione d'inofficiosità se si confrontano col caso che vien deciso nella legge. Imperocchè non si può rinunciare ad un'azione e neppure può questa prescriversi prima che siavi una giuridica possibilità di promuoverla. Ora l'azione d'inofficiosità non è *nata* prima che l'erede non abbia adito l'eredità⁸⁰). E tuttavia qui vien presupposto il caso

80) L. 8 § 10 D. h. t.

GLÜCK, *Comm. Pandelle.* — Lib. V.

che il diseredato sia morto durante il tempo per deliberare e, cioè, primachè l'erede istituito abbia adito l'eredità. Come si può combinare insieme ciò? Oltre a ciò in [terzo luogo se si vogliono riferire le ultime parole *scilicet post aditam hereditatem* all'azione d'inofficiosità, qui GIUSTINIANO avrebbe già statuito su qualche cosa, su cui in una costituzione dell'anno posteriore, cioè la L. 36 C. h. t. dell'anno 531 per la prima volta statui, che, cioè, quest'azione non possa esser promossa contro l'erede istituito prima che questi non abbia adito l'eredità: così GIUSTINIANO decise la controversia fra ULPIANO e MODESTINO. Che, del resto, l'appellazione di querela sia adoperata anche per l'azione suppletoria non è soggetto di dubbio. Si ricordino le parole citate dalla L. 35 § 2 C. h. t.: *Tunc enim, omni exclusa querela, paternum amplecti compelletur iudicium.*

Per quanto verosimili siano questi argomenti, si può tuttavia obiettare qualche cosa in contrario e addurre in appoggio della opposta opinione. Invero, come WESTENBERG⁸¹⁾ molto esattamente osserva, era pur sempre la questione principale della trasmissione dell'azione d'inofficiosità che qui GIUSTINIANO decideva. Dell'azione suppletoria si fa menzione solo incidentalmente. È quindi più conforme alla intenzione del legislatore di riferire le ricordate parole *nisi pater, etc.* all'azione d'inofficiosità, dal momento che le parole immediatamente precedenti *ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus* senza dubbio riferiscono a questo che prima di GIUSTINIANO il nipote non subentrava nella querela dopo la morte del padre, come WESTPHAL⁸²⁾ molto fondatamente ricorda. Per ciò che anzitutto riguarda l'argomento tolto dalla giuridica impossibilità di una rinunzia o prescrizione dell'azione sino a che l'eredità non sia adita, esso sta pur contro all'opposta opinione, poichè anche l'azione suppletoria non può essere estinta mediante prescrizione che *post aditam hereditatem*. Poichè allora soltanto è *nata*. La prescrizione di un'azione comincia solo dal momento che vi sia una giuridica possibilità di promuoverla⁸³⁾. Tro-

⁸¹⁾ *Diss. IV de portione legitima* cap. IV § 12 pag. 52.

⁸²⁾ *Theorie des R. R. von Testamenten* § 1029 pag. 764.

⁸³⁾ L. 7 § 4 C. *de praescr. 30 annorum* [7, 39]. — THIBAUT, *über Besitz und Verjährung* § 43 pag. 122.

vasi pertanto nelle più volte ripetute parole una difficoltà per ogni caso e non si possono accordare col caso deciso nella legge che il figlio diseredato muoia durante il tempo che l'erede istituito delibera, sia che vogliano riferirsi all'azione suppletoria, sia all'azione d'inofficiosità. Non ci resta che ritenere con *Anton FABRO* ⁸⁴⁾ che la costituzione sia più generale e si estenda oltre al caso deciso nella legge, che ha dato occasione a questa legge. Essa, per giudicare secondo le eccezioni aggiunte, deve riferirsi a tutti i casi *in quibus decesserit filius exheredatus* come il FABRO dice, *sive ante sive post aditam ab extraneo hereditatem*. Nè nuoce in alcun modo che GIUSTINIANO già provvisoriamente in questa costituzione, sebbene di passaggio, dica che il decorso del quinquennio nell'azione d'inofficiosità incominci soltanto dall'avvenuta adizione dell'eredità. Perciò, egli allo scopo di decidere la controversia fra *ULPIANO* e *MODESTINO* poteva fare una costituzione su questo argomento ed ivi stabilire che lo spazio di cinque anni che estingue col suo decorso la *querela inofficiosi*, debba esser computato soltanto dal momento che l'erede istituito ha adito l'eredità. *Aliud est*, dice *PUTTMANN* ⁸⁵⁾ molto giustamente, *quasi in transitu rei cuiusdam mentionem facere, aliud data opera sancire, quid in posterum valere debeat. Prius fecit Imperator* in L. 34 C. *de inoff. testam. posterius* in L. 36 *eodem*. Io non voglio affatto ricordare che l'argomento della breve durata a cui è ristretta l'azione d'inofficiosità non conviene assolutamente alla più favorita azione suppletoria; io ne tratterò in un altro luogo di questo titolo (§ 559). Che poi con la parola *querela* sia da intendere l'azione d'inofficiosità, e vien confermato dai *Basilici* ⁸⁶⁾, i quali usano la parola *μίσφισ*, con cui sempre indicano la *querela inofficiosi*. Con questa spie-

⁸⁴⁾ *De erroribus Pragmaticor.* parte II decad. XXIX err. 5 pag. 179 (Edit. Lugdun. 1604, 4).

⁸⁵⁾ *Interpretation. et Observation. iur. Rom. lib. sing. cap. XXX* pag. 153.

⁸⁶⁾ *Basilicor.*, tom. V pag. 215 dove le ultime parole della L. 34 C. sono così tradotte in greco: *εί δέ ο πατήρ αὐταῦ ἔτι πρώων κλητήσθετο προφανώς τήν κατά τῆς διαθήκης μέμφιν, ἢ τῆ παραδριμῆ τῆς κλητείας ἀπεχλεύσθη, οὐχίτι βοηθεῖται οὗτος ὁ ἕγγονος. Sed si pater eius adhuc superstes palam repudiaverit querelam, vel quinquennii cursu exclusus sit, non est, quo succurri nepoti possit.*

gazione concordano anche HUNNIUS ⁸⁷⁾, VOET ⁸⁸⁾, FINESTREES ⁸⁹⁾, COCEJI ⁹⁰⁾ e i fratelli OVERBECK ⁹¹⁾.

Del resto, in generale è pur da osservare che nelle azioni che spettano agli eredi necessari a causa della legittima, la condanna del convenuto porta con sè una pena, la quale consiste in questo, che egli può esser condannato a pagare all'attore a titolo di pena, oltre la legittima a lui spettante, anche la terza parte di ciò che all'erede necessario è stato lasciato per testamento ^{91 bis)}.

III. Gli eredi necessari per disposizioni onerose o alienazioni sono stati lesi riguardo alla legittima o ne furono intieramente privati. Qui si possono supporre i seguenti casi:

A) L'erede necessario è veramente istituito erede, ma con legati o fedecommissi così onerato che, defalcati questi, poco o niente gli resta dell'eredità. Perciò il testamento in sè stesso non può esser impugnato, come PAOLO ⁹²⁾ espressamente dice: *Cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet falcidiam*. Secondo il diritto delle Pandette l'erede necessario gravato doveva contentarsi della quarta falcidia che assorbiva la legittima. Tuttavia siccome secondo la Novella 18 cap. 1 la legittima era superiore, così l'erede necessario troppo sarebbe danneggiato, se non ricevesse altro che la falcidia. Secondo il più recente diritto, l'erede necessario può trattenere la legittima e togliere ai legatari tanto quanto costituisce l'ammontare di essa. Questo diritto di ritenzione può tornargli vantaggioso solo allora che trovasi nel possesso della eredità. Diversamente dovrebbe agire contro il terzo possessore con l'azione ereditaria ^{92 bis)}, contro i legatari però, quando questi abbiano già

87) *Var. resolution. iuris civ.* lib. II tract. VII qu. 16.

88) *Commentar ad Pand.* h. t. § 68.

89) *Praelect. ad h. t.* cap. VIII § 5.

90) *Ius. civ. controuv.* tom. I h. t. qu. 35.

91) *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* vol. IV medit. 192.

91 bis) L. 33 pr. C. h. t. — WESTENBERG, *Diss. IV de port. legit.* cap. IV § 15, vuole affermare che la pena oggidì non ha più luogo. Ma si veggia *Fratr. BECMANNORUM, Consil. et Decision.* parte I consil. XL qu. 1 n. 10 pag. 471.

92) L. 8 § 9 D. h. t.

92 bis) SCHMIDT in *Progr.* (nota 57) cit. § 12 suppone una *condictio ex lege*,

ottenuto i loro legati, secondo la diversità dei casi coll'*Interdictum quod legatorum* o col *remedium ex L. 7 C. unde vi* o coll'*actio spoliis*. Oltre la sua legittima l'erede necessario potrebbe anche defalcare o pretendere la quarta falcidia? Alcuni ⁹³⁾ lo affermano. Tuttavia altri ⁹⁴⁾ negano ciò a buon diritto perchè la legittima sta in luogo della quarta falcidia. Per questa opinione sta pure una chiara legge, L. 36 pr. C. h. t. dove espressamente dicesi: *nulla Falcidia interveniente*. Altra cosa sarebbe se l'erede necessario fosse stato gravato di un fedecommesso universale. Qui secondo il diritto canonico può defalcare, oltre la legittima, anche la quarta trebelliana ⁹⁵⁾. Il VOET ⁹⁶⁾ vuol concedere soltanto ai figli il diritto del doppio defalco. Ma secondo lo spirito del diritto canonico questo diritto spetta del pari ad ogni erede necessario ⁹⁷⁾. Veramente nei citati testi ci parla solo di figli, perchè il caso proposto alla decisione dei papi riguardava appunto i figli. Invece il motivo che ad essi come eredi necessari spetta la legittima in base al diritto naturale, la quarta trebelliana come eredi fiduciari, *quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset* è generale. Lo spirito di quelle disposizioni del di-

ciò ex Novella 18 cap. 1. Ma le *conditiones* sono semplicemente azioni personali.

⁹³⁾ MERLINUS in *Tr. de legitima* lib. I tit. 3 qu. 1 n. 5 seg.

⁹⁴⁾ Fr. HOTOMANNI, *Quaestion. illustr.*, qu. 35 pag. 275. — Arn. VINNIUS in *Select. iuris Quaestion*, lib. II cap. 29. — CARPZOV, *Iurispr. for.* parte III const. 1 definit. 20. — SCHMIDT, *Progr. cit.* § 13.

⁹⁵⁾ Capi 16 e 18, X *de testam.* Ciò non è certamente conforme al diritto romano, come appare dalla L. 24 C. *fam. ercisc.* e dalla Novella 39 cap. 1. Vedi *Ferd. Christoph. HARPPRECHT, Disp. de iure deducendi duas ut vulgo loquuntur quartas* (in vol. II *Dissertation eius academicar.*, Novella 58), cap. II th. XI e seg. — CUIACIUS, *Observat. VIII* c. 3. — WESTENBERG, *Diss. IV de port. legit.* cap. II §§ 12-14. — WESTPHAL., *Systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen* parte 2 § 1840. — D'altra opinione sono tuttavia *Ant. CONTIUS, Disputation. iur. civ.*, lib. I cap. 3, e specialmente HEINECCIUS *ad VINNIUS, Comment. in Institution. tit. de fideicommiss. heredit.* § 7 n. 3

⁹⁶⁾ *Comm. ad Pand. h. t.* § 16.

⁹⁷⁾ Vedi HARPPRECHT, *Diss. cit.* cap. III § 35 seg. — MEVIUS, parte VII decis. 19 a. — PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. II obs. 82 § 4. — HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.*, vol. I obs. 58. — VINNIUS, *Select. iuris Quaestion.* lib. II cap. 29 in fine.

ritto canonico approda quindi visibilmente a questo che in genere tutte quelle persone che possono pretendere una legittima debbono aver facoltà di defalcare pure la quarta trebelliana. Quelle costituzioni papali non sono da estendere soltanto ai genitori, come HARP-RECHT e PUFENDORFF molto fondatamente hanno dimostrato, ma si può assolutamente affermare con VINNIUS, che anche fratelli e sorelle quando siano gravati di un fedecommesso universale da restituire ad una *persona turpis*, secondo il vero spirito del diritto canonico, siano autorizzati a defalcare, oltre la legittima, anche la quarta trebelliana ⁹⁸).

B) Il testatore o il relinquirente mediante alienazioni di ogni specie tra vivi o a causa di morte ha diminuito il suo patrimonio e così leso gli eredi necessari nella legittima. Queste alienazioni che ledono la legittima possono essere di una duplice natura. Possono essere

1) avvenute *titulo gratuito*. Ad esse spettano

a) donazioni e, cioè:

α) fra vivi. In tal caso agli eredi necessari cui mediante tali donazioni fu sottratta in tutto o diminuita in modo inofficioso la legittima (*donationes inofficiose*) la *querela inofficiosae donationis* ⁹⁹) che in loro vantaggio introdusse l'imperatore ALESSANDRO SEVERO, ad esempio ed analogia dell'azione d'inofficiosità ¹⁰⁰) d). Secondo il ri-

⁹⁸) Si confronti pure GRIESINGER, *Commentar über das Württembergische Landrecht* tit. 6 pag. 369.

⁹⁹) LAUTERBACH, *Disquisit. de donatione inofficiosu* (Tub. 1655). — FRIES, *Diss. de querela inofficiosae donationis* (Ren. 1715). — BYLERELD, *Specim. de inofficiosis donationibus praes. Dion. Eod. van der KEESEL* (Lugduni Batavor. 1774), def. — CHRIST. RAU, *Diss. de querela inofficiosae donationis* (Lipsiae 1775). — GE. LUD. BÖHMER, *Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum* (Goettingae 1751). — WESTENBERG, *Diss. IX de causis obligationum* cap. IV tom. I *Oper.* pag. 172.

¹⁰⁰) L. 87 § 3 D. *de legat* II (31). — CUIACIUS, *Paratilla ad Codic.* tom. II opp. prior. a FABROTTO editor. pag. 90. — PEREZ, *Praelect. ad Cod. tit. de inoff. donat.*, n. 1. — ANT. FABRO, *Coniectur. iur. civ.* lib. III cap. 17, e specialmente RAU, *Diss. cit.* § 2.

d) Sulla *querela inoff. donat.* ofr. HILLE, *De immoiliarum donation. querela* (Marb. 1828); FRANCKE, op. cit. pagine 498-544; MÜHLENBRUCH, l. c. § 1421 g; BREI-

gore dell'antico diritto le donazioni tra vivi non potevano esser impugnate per lesione della legittima, perchè al tempo in cui erano state fatte queste donazioni e cioè durante la vita del donatore, non si poteva ancora parlare di legittima (pag. 97 del testo tedesco e pag. 429 dell'edizione italiana). Quindi non di rado avveniva, che dei genitori, che non avevano alcuna causa di diseredare i loro figli e tuttavia volevano togliere loro il patrimonio, li istituivano bensì eredi nel testamento, ma per mezzo d'immoderate donazioni durante la loro vita riducevano in tal guisa il loro patrimonio che ai figli non rimaneva altro che il vuoto nome di eredi. Qui non aveva luogo l'azione d'inofficiosità, quantunque fosse inofficioso il modo di condursi di tali genitori, poichè essa non invalidava alcuna donazione fra vivi ¹⁾. Siccome tuttavia era sommamente contrario all'equità che mediante tali donazioni si cercasse di mantenere in vigore quanto era proibito di fare per atto di ultima volontà, così in base ad un rapporto presentato dal *praefectus urbi* CLAUDIANO GIULIANO fu introdotta una *quaerela inofficiosae donationis* sull'esempio dell'azione di inofficiosità. Le parole del relativo rescritto dell'imperatore SEVERO, come ce le ha conservate PAOLO nel luogo citato, sono queste: *Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse: ratio deposit, id quod donatum est, pro dimidia parte revocari*. Esso riguardava da principio soltanto il caso della successione testamentaria ed anche la costituzione dell'imperatore FILIPPO ²⁾ immediatamente successiva a quel rescritto dell'imperatore ALESSANDEO SEVERO contempla ancora semplicemente un caso di successione testamentaria. Ma con una costituzione degli imperatori VALERIANO e GALLIENO ³⁾ questa nuova azione per lo stesso motivo della equità fu estesa anche al caso della successione intestata. *Precibus quidem tuis proposita Re-*

1) L. 11 D. h. t.

2) L. 1 C. *de inoff. donation.*

3) L. 3 C. *eodem.*

scripta eos parentes denotant, qui [cum] testamento facto vivi patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquerunt: sed ad intestatos quoque eodem ratio acquitatis extenditur. Così dice testualmente questa costituzione.

È una questione giuridica molto controversa se con questa querela possa intieramente essere impugnata la inofficiosa donazione o solo in quanto l'attore ne sia stato leso nella legittima ⁴⁾ e). Ha cercato di sostenere la prima ipotesi con molta dottrina e acume, non però persuasivamente, in specie *Antonio FABRO* ⁵⁾. Nulladimeno ha trovato celebri aderenti in *Christiano THOMASII* ⁶⁾, *Giusto Henning*

⁴⁾ Vedi *Jos. Fernandez de RETES, Acad. Relect. de donationib., cap. VIII §§ 13 e 14* (in *Thes. MEERMANN, tom. VI pag. 587*) e *WESTPHALS Theorie des röm. Rechts von Testamenten § 423.*

⁵⁾ *Coniectur. iuris civ. lib. III cap. 17.*

⁶⁾ *Diss. de legitima viventis cap. 3.*

e) Tale questione è rimasta anche nella letteratura posteriore al GLÜCK. All'opinione sua aderisce anche il suo continuatore MÜHLENBRUCH, XXXVI pag. 97 seg. del testo tedesco. Vedi nello stesso senso anche FRANCK, op. cit. § 44 pagine 521-533.

È questa l'opinione dominante (cfr. anche VANGEROW, § 482 n. II; WINDSCHEID, § 586) malgrado che fra i recenti abbiano cercato di scalsarla o assolutamente o con distinzioni, lo ZIMMERN, lo HILLE, ecc. Per la critica di questi autori cfr. egregiamente il MÜHLENBRUCH, l. c. Ogni distinzione in proposito non ha appoggio nelle Fonti, le quali stanno anzi in favore dell'opinione dominante (L. 2, L. 7, L. 8 C. h. t., L. un. C. de inoff. dot.). Particolarmente nella L. 8 cit. abbiamo la seguente decisiva massima: *quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti conviati deminuetur.* È proprio in questo chiaro senso esprimersi la L. un. C. de inoff. dot.

Di fronte al nostro Codice non vi può esser dubbio che il mezzo giuridico per tutelare l'integrità della legittima (azione di riduzione delle donazioni corrispondente alla riduzione delle disposizioni testamentarie) già col suo nome indica che non trattasi di un totale annullamento delle donazioni, sirvero della loro riduzione sino a lasciar salva la legittima. Cfr. anche ciò che fu osservato sopra, § 547 nota b. L'art. 1091 del Codice civile dispone che nel caso nostro le donazioni vanno soggette a riduzione se al tempo della morte del donante si riconoscono eccedenti la porzione dei beni di cui può disporre secondo le norme relative alla legittima.

Tuttavia siccome, già lo notava anche il GLÜCK riferendo le parole di HOMMEL (vedi sopra pag. 429), secondo il rigore logico dovrebbero guardare soltanto allo stato del patrimonio al momento della morte del testatore; considerando anche le donazioni di qualunque natura, si calcola in certo qual modo la legittima sul patrimonio d'un vivente. Così debbono esser colpite da riduzione prima le disposizioni testamentarie, poi le donazioni. Tale è lo scopo degli articoli 823, 1093 del Codice civile.

La riduzione si fa cominciando dall'ultima donazione e così successivamente risalendo dalle ultime alle anteriori.

BOEHMER ⁷⁾ e *Giorgio Lodovico BOEHMER* ⁸⁾. Ma la conclusione tratta dalla *querela inofficiosi testamenti* per quanto sia giusta in altri casi, qui palesemente non vale ⁹⁾. Si riferiscono veramente alla costituzione dell'imperatore COSTANZIO ¹⁰⁾, nella quale dicesi: *Non convenit dubitari, quod inmodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta: ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa, vel similis existimanda vel idem et temporibus et moribus*. Secondo questa chiara costituzione la *querela inofficiosae donationis* dovrebbe quindi sempre (poichè invece di *omnibus* sarebbe da leggere con *Antonio FABRO in omnibus*) tener la stessa via della *querela inofficiosi testamenti*. Ma questa prova perde non poco del suo peso per ciò che nel codice teodosiano ¹¹⁾ invece di *omnibus* è la più giusta lezione *omnis*, il che niente altro significa che *quaecumque querela inmodicarum donationum*. Altri distinguono quindi il caso che la donazione inofficiosa sia stata fatta a tal persona cui spetta pure la legittima dal caso che il patrimonio sia stato donato dal relinquente ad un estraneo. Nel primo caso l'erede necessario danneggiato non potrebbe pretendere che gli fosse retrocesso dalla donazione se non quel tanto cui ammonta la legittima, nell'altro invece l'intera donazione potrebbe rimanere inoppugnata. Così distinguono RETES ¹²⁾, GOTHOFREDUS ¹³⁾, *Ianus a COSTA* ¹⁴⁾ e tra i recenti

7) *Doctr. de actionib.* sect. II cap. III §§ 43 e 44.

8) *Diss. de querela inoff. donat. fratrum* § 18

9) PUFENDORF, *Observat. iur. univ.*, tom. III obs. 23 §§ 4 e 5. — STRUBEN, *rechtliche Bedenken*, parte 5 pens. 125. — WINCKLER in *Addit ad BERGERI, Oecon. iuris* lib. II tit. II th. 29 in fine [**] pag. 301 (Edit. noviss. HAUBOLD). — *Ge. Lud. Böhmer auserlesene Rechtsfälle*, vol. I sez. 2 decis. 88 n. 6. — HÖPFNER, *Theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen* § 412 pag. 433. Secondo quest'uso del foro vien tuttavia presupposto che l'intero patrimonio sia stato donato per atto tra vivi dal relinquente a danno degli eredi necessari, perchè in questo caso la donazione contiene una vera preterizione dell'erede necessario, o è da ritenersi simile ad una diseredazione.

10) L. fin. C. *de inoff. donat.*

11) Tom. I lib. II tit. 20, e *ad eundem Jac. GOTHOFREDUS in Commentar*, pag. 210.

12) *De donationib.* cap. VIII § 15 (in *Thes. MEERMANN*, tom. VI pag. 588).

13) *Commentar ad L. un. Cod. Theod. de inoff. donation.*, tom. I pag. 211.

14) *Comm. ad § 3 I. de inoff. testam.*

SOEMDIT ¹⁵⁾. Altri ancora credono con UGOLINO che si debba aver riguardo se il relinquente abbia o no avuto inofficiosa intenzione di danneggiare i suoi eredi necessari nella fatta donazione. Nel primo caso l'intera donazione potrebbe esser revocata, nell'altro invece con la querela non potrebbe esser preteso se non quel tanto che spetta alla legittima o al suo supplemento. Della quale opinione è specialmente BERGER ¹⁶⁾ e fra gli antichi PEREZ ¹⁷⁾. Nulladimeno secondo la opinione teoricamente più esatta con la querela non può mai esser invalidata l'intera donazione, ma può in ogni caso esser revocata solo in quanto la legittima con ciò ne resta lesa. Questa opinione ha pure a suo favore l'autorità della maggior parte dei giureconsulti ¹⁸⁾ e poggia sul chiaro disposto delle leggi. Io voglio qui addurre alcuni dei più importanti testi.

L. 2 Cod. de inoff. donat. Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. Acriae:

Si pater omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit, aut in potestate eius is permansit: et arbitri familiae eriscundae officio congruit ut tibi quartam partem debitae ab intestato portionis praestet incolemem: aut si emancipatus is fuit, et quia donatio non indiget alieno adminiculo, sed suis viribus nititur iuxta

¹⁵⁾ *Lehrbuch von Klagen und Einreden* § 557 nota l pag. 397 della più recente edizione di WEBER.

¹⁶⁾ *Oecon. iuris* lib. II tit. 2 th. 29.

¹⁷⁾ *Praelect. in Cod. tit. de inoff. donat.*, n. 5.

¹⁸⁾ DONELLUS in *Commentar iur. civ.*, lib. XIX cap. 11 pag. 1107 (edit. Francoforte 1626 f). — BACHOV. ad TREUTLERUM, vol. II disput. XIX th. 7 lit. H. — VOET, *Comm. ad Pand.*, lib. XXXIX tit. 5 § 37. — VINNIUS, *Select. iuris quaest.* lib. II cap. 33. — WESTENBERG, *Diss. IV de portione legit.* cap. III § 3 seg., e *Diss. IX de causis obligationum* cap. IV §§ 5 e 6. — LAUTERBACH, *Diss. cit.* § 29. — OHRIST. FRID. SCHORCHT, *Comm. de donatione inofficiosa pro parte legitima rescindenda* (Jenae 1778). — RAU, *Diss. cit.* § 8. — WALCH, *Controv. iur. civ.*, pag. 474. — WESTPHAL von *Testamenten* §§ 415-424. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts*, parte 2 § 1108. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1000 n. IV. — HAUBOLD ad BERGERI, *Oecon. iuris*, tom. I pag. 301 nota t. — THIES, *Diss. de querela inofficiosae donationis non nisi ad legitimam ex rebus donatis revocandam competente* (Goettingae 1792). — MALBLANK, *Princip. iur. Rom. sec. ord. Digestor* parte 2 sect. ult. § 790 n. 1 pagina 1059.

constitutiones, is, qui provinciam regit ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae, auxilium tibi aequitatis impertiet.

Un padre per esagerato amore ed intempestiva prodigalità aveva donato il suo intiero patrimonio al proprio figlio e così sottratta la legittima a sua figlia. Qui si giungeva a due questioni: 1) che azione promuove la figlia danneggiata contro il donatario suo fratello? e 2) a che cosa è diretta l'azione? Ambedue le questioni son decise dagli imperatori in modo che essi fanno una distinzione se il figlio donatario è rimasto nella patria potestà del defunto donatore o già durante la sua vita è stato emancipato. Nel primo caso la figlia danneggiata dovrebbe servirsi dell'azione di divisione d'eredità contro suo fratello. La querela spettante per una inofficiosa donazione non aveva luogo qui perchè essa suppone sempre una donazione in sè valida. Ora le donazioni dei padri ai figli non emancipati erano invalide in tal guisa che neppure sarebbero state convalidate con la morte del padre¹⁹⁾. Se tuttavia il padre non aveva revocato la donazione durante la sua vita, la cosa donata poteva essere prelevata ed aggiudicata al figlio dal giudice procedente alla divisione²⁰⁾. Sol tanto con questo *arbitrium dividundae hereditatis* era confermata la donazione, cosicchè solo adesso il figlio donatario poteva acquistare la proprietà sulla cosa donata²¹⁾. Perchè riguardavasi la donazione

¹⁹⁾ L. 1 § 1 D. *pro donato* [41, 6]: *Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat; filius pro donato non capiet usu; quoniam nulla donatio est.* Add. L. 2 § 2 D. *pro herede* [41, 5]; L. 11, L. 17 C. *de donation.* [8, 54]; L. 13 C. *de collation.* [6, 20]. Vedi Ios. AVERANIUS, *Interpretation. iuris* lib. IV cap. 23 n. 20.

²⁰⁾ L. 2 Cod. Gregor. *familias erisc.* (in *Ant. SCHULTING, Jurisprud. Antejustin.*, pag. 695), dove gli stessi imperatori VALERIANO e GALLIENO rescrivono nel seguente modo ad un certo Antonio POTITO: *Si domum, cuius meministi, pater tuus, cum in potestate eius ageres, nomine tuo donandi animo comparavit, iure quidem non subsistere, donationem scire debuisti. Verum si in extremum sati diem pater eadem animi destinatione duravit, iudicium eius, iuxta formam constitutam, esse servandum, indubitati iuris est.* Ancor più chiara è la L. 18 C. *iust. eodem.* *Filiae cuius nomine pater res comparavit, si non postea contrarium eius indicium probetur, per arbitrium dividundae hereditatis praecipuas adiudicari, saepe rescriptum est.*

²¹⁾ Vedi *Ant. SCHULTING ad Pauli Sentent. Recept.*, lib. V tit. XI § 3 nota 9 (in *Iurisprud. Antejustin.*, pag. 473). — Jac. VOORDA, *Electior. libr. sing.*, cap. 13,

come una semplice *destinatio paternae voluntatis*, come dicesi in una certa costituzione degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO ²²), cioè, consideravasi la cosa come se il padre avesse fatto un atto di ultima volontà, in cui secondo la volontà del relinquirente, da ravvisarsi in base alle circostanze, si dovesse procedere alla divisione ²³). Il figlio non poteva qui astenersi, ma, se voleva che la donazione restasse valida, doveva impegnarsi nel giudizio e prender parte alla divisione dell'eredità ²⁴). Tuttavia siccome il padre aveva donato il suo intiero patrimonio al figlio, non gli poteva essere assegnata l'intera donazione, ma era conforme all'ufficio del giudice incaricato della divisione e all'equità che almeno la legittima (*quartam partem debitae ab intestato portionis*) ²⁵) fosse attribuita alla figlia attrice ²⁶).

Nell'altro caso invece, siccome il figlio donatario era stato emancipato già durante la vita del padre, la donazione a lui fatta era in sè stessa invalida. Essa aveva ricevuto la sua perfezione con questo che il padre nella emancipazione non l'aveva espressamente revocata ²⁷); oppure era valida sin da principio, se il figlio al momento

e WESTPHALS *System der Lehre von den einzelnen Vermöchnissarten und der Erbtheilungsklage* § 756.

²²) L. 11 C. *de donation: Cum de bonis tuis partem quidem penes te retinuisse, partem vero in eum, quem in potestate habes, donationis titulo contulisse commemoras: non est incerti iuris in eum, qui in sacris familiae tuae remanet destinatione magis paternae voluntatis factam, quam perfectam donationem pervenisse.*

²³) WESTPHALS *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 418.

²⁴) Siccome qui la donazione fatta al figlio era nulla, i beni donati dovevano essere considerati senz'altro come quelli *quae in bonis manserint, adeoque et in hereditate patris inveniantur*, come dice DONELLUS, l. c. pag. 1109, e quindi già per questo entrano nella divisione. Nondimeno, in quanto l'equità lo permetteva, dovevasi aver riguardo alla volontà del padre. L. 20 § 3 D. *fam. ercisc.*

²⁵) Trovasi qui in pari tempo una nuova prova per l'opinione difesa sopra nel § 544, che la legittima è sempre una parte della porzione intestata.

²⁶) A ciò tende l'interpretazione visigota aggiunta al *Breviarium alaricianum* della L. 2 Cod. Gregor. *de familia ercisc.* Essa dice così: *Quod si maior fuerit ista donatio, quae nomine filifamilias facta est, ut omnis facultas patris quartam eius rei, quam filius donatam accepit, implere non possit, reliquis filiis de hac ipsa donatione Falcidia suppleatur.* Vedi SCHULTING, *ad h. Interpret.*, nota 11 (in *Iurispr. Antejustin.* pag. 695).

²⁷) L. 31 § 2 D. *de donation.*

della fatta donazione era già stato emancipato ²⁸⁾; nè abbisognava perciò di quella conferma per mezzo dell'*arbitrium familiae eriscondae*. Questo è il significato delle parole: *non indiget alieno adminiculo, sed suis viribus nititur iuxta constitutiones*. Il figlio emancipato poteva perciò ripudiare l'eredità paterna e così sottrarsi alla collazione. Contro di lui la figlia danneggiata doveva quindi promuovere la *querela inofficiosae donationis*, la quale vien detta qui *auxilium acquiritatis*. E a che approdava quest'azione? Ciò non è espressamente determinato dagli imperatori. Ma dalle parole *ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae*, come quelle che accennano soltanto al diritto di agire o alla forma dell'azione non si può in alcuna guisa concludere con Antonio FABRO, che in questo caso l'intera donazione abbia potuto esser annullata. Certamente, se per avventura l'intera donazione avesse dovuto essere attaccata, vi sarebbe stato più fondamento nel primo caso che nel secondo, come molto fondatamente il VINNIUS ha ricordato contro il FABRO. L'effetto di questa azione ragionevolmente non poteva esser altro in quel primo caso, perchè non si aveva in mira che di riparare al danno recato alla figlia nella legittima. Perciò gli imperatori distinguono soltanto tra un figlio emancipato e un non emancipato, perchè in questo caso dovevasi adoperare il mezzo giuridico ordinario dell'azione di divisione della eredità, in quello invece il mezzo straordinario della querela. Quanto poco del resto pei figli emancipati si distingua l'effetto riguardo alla rescissione della donazione inofficiosa, apparisce da un secondo testo specialmente decisivo, che merita qui una sede precipua.

L. 5 C. *eodem Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. Cottabeo*.

Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emancipatos filios contulisti: id, quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratiss liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum ut filii, vel nepotes postea ex quocumque legitimo matrimonio nati, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium revertetur.

Qui il padre aveva donato il suo intiero patrimonio ai suoi figli emancipati: eppure la donazione non può essere intieramente impu-

²⁸⁾ L. 11 in fin. C. *eodem*.

gnata dai figli legittimi e nipoti posteriormente nati; ma soltanto può esser preteso quel tanto cui ammonta la loro legittima. Da questa legge come dalla precedente apprendiamo

1) che quando io durante la mia vita ho donato anche il mio intero patrimonio, i miei eredi necessari non possono, ciò non ostante, impugnare l'intera donazione, il che io debbo qui specialmente ricordare contro *Iust. Henn.* BOHEMER ed HOEPFNER.

2) Che per dar fondamento alla querela a causa di una *donatio inofficiosa* non è richiesto che la donazione sia appunto stata fatta con l'intenzione di diminuire la legittima degli eredi necessari o di sottrargliela intieramente ^{f)}. Infatti come poteva esistere questa intenzione riguardo a figli non nati? Eppure questa legge accorda la querela anche ai *postumi*. Per una *donatio inofficiosa* è quindi già sufficiente che abbia quell'effetto ²⁹⁾. Anche la pratica non ha alcun riguardo alla intenzione del donatore ³⁰⁾. Non si può invece

3) dimostrare con questa legge ciò che il CUJACIO ³¹⁾, il RITTERSHUSEN ³²⁾, il WISSENBACH ³³⁾ ed altri ancora hanno voluto fare, che cioè anche il donatore stesso potrebbe revocare l'inofficiosa donazione da lui fatta. Infatti se anche non si può negare, che le pa-

²⁹⁾ PEREZ, *Praelect. in Cod. tit. de inoff. donat.* n. 5 — HILLIGER in DONELL., *enucleat.* lib. XIX cap. 11. — WALCH, *Introd. in controv. iur. civ.*, sect. III cap. III membr. I § 14 pag. 472. — WESTENBERG, *Diss. IX de causis obligation.*, cap. IV § 7. — HÖFFNER, *Commentar über die Institutionen*, § 412. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts*, parte 2 § 1108.

³⁰⁾ STRUV, *Exercit.* XL th. 14. — PUFENDORF, tom. II observ. 178.

³¹⁾ *Exposit.*, Novella 92.

³²⁾ *Ius. iustinian.*, parte V cap. XIII n. 9 pag. 283.

³³⁾ *Commentar ad tit. Cod. de inoff. donat.* pag. 180 (edit. Franeker. 1701, 4).

f) Parimente secondo il nostro Codice. Infatti l'art. 1091 stabilisce che sono soggette a riduzione le donazioni di *qualunque natura fatte per qualsiasi causa ed in favore di qualsiasi persona*. Tuttavia di fronte al diritto romano, sebbene l'opinione del GLÜCK sia autorevolmente seguita (cfr. anche HILLE, l. c. cap. IV pag. 27 seg.; FRANCKE, *Nothenrecht* § 43 pag. 505 seg.) (Ediz. ital. lib. XXVIII § 1421 g), è contraddetta con forti argomenti da MÜHLENBRUCH, l. c. XXXVI pag. 74 seg. dal testo tedesco che sostiene esser richiesta nella *querela inoff. donat.* la prova della intenzione di sottrarre o diminuire la legittima agli eredi necessari. Ma l'opinione del GLÜCK è sempre la dominante. VANGEROW, § 482 n. 3; WINDSCHEID, § 586 nota 10.

role della legge son dirette al donatore stesso, le sopra citate parole della medesima *ad patrimonium tuum revertetur* non possono in alcuna guisa essere intese nel senso che egli stesso potesse revocare la donazione. Se avesse voluto revocarla in suo nome, gli si sarebbe potuto opporre a buon diritto la eccezione, che la donazione riguardo a lui stesso non poteva ritenersi inofficiosa. Ma non può revocarla neppure in nome dei suoi eredi necessari, poichè essi soltanto ne sono lesi e soltanto ad essi spetta di chieder riparo giudizialmente al torto loro in tal modo arrecato. E durante la vita del donatore non spetta neppure ad essi la querela. Invero appare già dalla natura della legittima, che la sua lesione possa esser lamentata soltanto dopo la morte del relinquente, poichè non è concepibile una *legittima viventis*. Sarebbe quindi in sommo grado assurdo che il donatore potesse promuovere la querela in nome di coloro, ai quali non sarebbe ancora spettata se anche avessero voluto promuoverla *g*).

g) Cfr. art. 1032 Cod. civ. La riduzione delle donazioni non può essere domandata che da coloro a vantaggio dei quali la legge riserva la legittima o altra quota di successione e dai loro eredi o aventi causa. Coerentemente a ciò che insegna il GLÜCK essere assurdo che il donatore potesse promuovere la *querela inoff. donat.* in nome di coloro cui non sarebbe ancora spettata, se pure avessero voluto promuoverla, si può osservare che un identico concetto informa le disposizioni del nostro Codice. Infatti: 1.° solo al *tempo della morte del donante* si può riconoscere se le donazioni eccedono la porzione disponibile (art. 1091); 2.° coloro che a questo momento avranno diritto di chiedere la riduzione non possono rinunciare al medesimo *durante la vita del donante*, nè con dichiarazione espressa, nè col prestare il loro assenso alla donazione (art. 1032, cap. 1.°).

Si tratta in sostanza di un diritto eventuale che, malgrado le donazioni che un individuo va facendo, può non verificarsi pel mutare delle condizioni patrimoniali del donante e per la sorte di queste al momento della sua morte. Nè il mezzo giuridico accordato dalla legge può dirsi sorto prima di questo momento.

Il donante, il quale già in vita voglia provvedere agli interessi degli eredi aventi diritto a legittima che egli lascerà, può soltanto, quando ne ricorrano gli estremi, chiedere la revocazione delle donazioni per sopravvenienza dei figli (articoli 1078, 1083, 1084, 1085, 1090 Cod. civ.).

Per la storia dei dogmi si può ricordare come tale questione della possibilità della revoca di una donazione inofficiosa per parte del donante fosse già discussa sin dal tempo dei glossatori, e come si trovi nella glossa il germe di tutte le posteriori opinioni. In BALDO è massima fondamentale che il donante non può far la revoca, ma deve chiederla l'erede necessario leso nella legittima e soltanto per l'ammontare di questa (MÜHLENBUCH, l. c. XXXVI pag. 56 del testo tedesco, nota 21). Del resto, anche i romanisti, che sostengono la facoltà del donante di revocare la donazione, non asseriscono ciò incondizionatamente, ma soltanto pel caso della sopravvenienza dei figli. HILLE, l. c. cap. V pagine 35-41; FRANCKE, op. cit. § 44 pagine 517-519. Sulla que-

Quindi il significato delle parole *ad patrimonium tuum revertetur* non può esser altro che questo che dopo la morte del donatore i figli di lui potranno ripetere con la *querela inofficiosae donationis* dai beni donati tanto quanto costituisce la loro legittima ³⁴⁾ come specialmente Ugo DONELLO ³⁵⁾ ha dimostrato affatto persuasivamente. Già il motivo che la legge adduce: *ut filii vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati debitum bonorum subsidium consequantur* pone ciò fuori di dubbio poichè questo *debitum bonorum subsidium* non è altro che la legittima. I figli non possono ricever questa durante la vita del donatore poichè è una parte della porzione intestata, la cui lesione può esser lamentata soltanto dopo la morte del donante, perchè il patrimonio di lui sino ad allora può esser nuovamente aumentato e non si deve quindi giudicare soltanto secondo la condizione in cui trovasi durante la vita del donante ³⁶⁾. Anzi il donante può acquistare durante la sua vita tanto patrimonio che la donazione, la quale dapprima appariva inofficiosa, non può più esser riguardata tale al momento della morte, poichè l'eredità basta per la legittima. Se veramente la nostra legge fosse da intendere riguardo ad una donazione, che il donante stesso fosse autorizzato a revocare, sarebbe stata senza dubbio inserita nel titolo del codice, *de revocandis donationibus* e non già nel titolo *de inofficiosis donationibus* inter-

34) Presumibilmente la domanda del padre, a cui si riferisce la decisione della legge, era questa: se i suoi figli posteriormente nati potessero impugnare una donazione, che sia stata fatta già prima della loro esistenza. Forse pensava il padre alla massima: *nondum natorum nulla sunt iura*.

35) *Commentar. iur. civ. lib. XIX cap. 11 pag. 1110.*

36) KLEINS, *merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristenfacultät*, vol. I pag. 173.

stione cfr. anche MÜHLENBRUCH, l. c. pag. 56 seg. del testo tedesco. Tuttavia il passo fondamentale che si invoca da coloro che sostengono nel donante la facoltà della revoca nel ricordato caso, cioè la L. 5 C. *de inoff. donat.* non si riferisce alla *querela inoff. donat.*, ma piuttosto ad una *condictio ex lege*, con cui il donante ripete una parte della donazione sino all'ammontare della legittima dei figli nati posteriormente a quella. Il carattere di quell'azione è confermato dai Basilici, XLI 4, 5 (Hb., V pag. 479) e dagli scolii relativi (IV pag. 487 seg.). Non si può dunque elevare a norma generale appunto perchè in quel caso i figli non avrebbero potuto chiedere la riduzione di una donazione, che non era inofficiosa al momento in cui fu fatta. VANGEROW, *Pand.*, § 482; WINDSCHEID, § 586 nota 15.

rotta la serie delle costituzioni, le quali concedono soltanto agli eredi necessari il mezzo giuridico di impugnare inofficiose donazioni ³⁷⁾. La circostanza che qui parlasi di figli che sono nati soltanto dopo la fatta donazione non conferisce alcunchè alla cosa, poichè la L. 8 C. *de revoc. donat.* che qui si invoca in appoggio, non è qui applicabile. Essa parla soltanto di una donazione che un patrono aveva fatto al suo liberto, e il motivo per cui a quello appunto era accordato il diritto di revocarla a causa dei figli posteriormente nati poggia indubbiamente sullo speciale rapporto in cui stava il patrono rimpetto al liberto ³⁸⁾, e che non si attaglia ad alcun altro donante come molto dottamente e fondatamente hanno dimostrato il GOTHOFREDUS ³⁹⁾, il VOET ⁴⁰⁾, il VINNIUS ⁴¹⁾ e specialmente WERNHER ⁴²⁾.

Un terzo testo è la

L. 7 C. *eodem. Idem AA. Ammiano.*

Si mater tua patrimonium suum ita profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis exhausit, ut quartae partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus te sufficeret, in

³⁷⁾ Si veda specialmente RAU, *Diss. cit.* § VII, o WALCH, *Introduct. in Controv. iur. civ.* sect. III cap. III membr. 1 § 15 pag. 473 seg.

³⁸⁾ Quindi anche la L. 8 cit., come insegna la sua iscrizione, è diretta al *praefectus urbi ORFITUS*, il quale sentenziava fra i patroni ed i liberti, come appare dalla L. 1 §§ 2 e 10 D. *de off. praefecti urbi* [1, 12]. L'iscrizione di questa legge nel Codice giustiniano dice veramente *ad Orphitum Praef. praetorio*. Ma che questa iscrizione sia erronea, si può vedere dal Codice teodosiano, L. 3 *de revocat. donat.* [8, 13], ed è già stato osservato anche da Iac. GOTHOFREDUS in nota *d* ad L. 3 Cod. Theod. cit. (tom. II pag. 657). ORPHITUS, di cui si fa menzione nell'iscrizione della L. 8, era MEMMIUS VITRASIUS ORFITUS III. Che il medesimo non fosse *praefectus praetorio*, ma *praefectus urbi* nell'anno 355, in cui l'imperatore COSTANZIO (non COSTANTINO) fece la L. 8 C. *de revoc. donat.*, è dimostrato con molta dottrina da Eduard. CORVINUS, *Series praefector. urbis* (Pisis 1763, 4) pag. 220 seg.

³⁹⁾ *Commentar. ad L. 3 Cod. Theodos. de revoc. donat.* tom. II pag. 658 seg. (edit. RITTER).

⁴⁰⁾ *Commentar. ad Paul.* tom. II tit. *de donation.* § 28.

⁴¹⁾ *Select. iur. Quaest. lib. II cap. 32.*

⁴²⁾ *Diss. qua modum donationes ob agnationem liberorum ex L. 8 C. de revoc. donat. retractandi ad solas largitiones patroni in libertum collatas pertinere defenditur* (Vitemb. 1721).

his donationibus, quas tibi largita est, non habens: quod immoderate gestum est, revocabitur.

Qui una madre per mezzo di donazioni aveva diviso fra i suoi due figli il proprio patrimonio così egualmente, che l'uno non aveva ricevuto neppure la metà della legittima a lui spettante sul patrimonio stesso. Aveva luogo contro questa donazione la querela a causa di inofficiosità, mediante la quale tuttavia la donazione non poteva essere rescissa se non in quanto la legittima ne era stata lesa. Noi vediamo adunque dalle leggi sin qui citate, che l'effetto della querela è lo stesso sia che venga totalmente o in parte sottratta agli eredi necessari la legittima loro spettante.

Un quarto testo è la chiara

L. 8 pr. C. eodem. *Idem* AA. *Auzanoni*.

Si liqueat, matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, cum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt, et actiones filiarum exhauriunt, aditum querelae ratio deponcat: quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur.

Qui vien dunque affatto espressamente detto che se taluno, per scansare la querela del testamento inofficioso, consuma il suo patrimonio con donazioni tra vivi, e mediante questa cautela, cosa che non potrebbe fare nel testamento, ha cercato di sottrarre la legittima ai suoi eredi necessari, una tale inofficiosa donazione deve esser rescissa sino all'ammontare della legittima. Ciò perchè è conforme alla ragione che in tal caso, come nei testamenti che sono soggetti all'inofficiosità, venga accordata una querela. La somiglianza che qui vien supposta fra la querela del testamento inofficioso e quella della donazione inofficiosa non riguarda l'oggetto o la quantità, ma soltanto il diritto di agire. È quindi un'ipotesi affatto indimostrabile, quando *Antonio FABRO* nel caso della legge vuol supporre quattro figli che sono eredi del patrimonio materno e spiega le parole *pro ratione quartae* come relative alla quarta parte dell'intero patrimonio, la quale spetta *ab intestato* all'uno dei figli, come il *WESTPHAL* ⁴³⁾ con molto fondamento ha ricordato.

⁴³⁾ *Theorie des R. R. von Testamenten* § 422 pag. 314 seg.

Finalmente anche GIUSTINIANO conferma queste costituzioni dei suoi predecessori nella Novella 92 [ZACH. 114] cap. 1, le cui parole furono già sopra citate (pag. 97 del testo tedesco) secondo HOMBERGK.

Così vien meno da sè stesso l'argomento dei nostri avversari della somiglianza delle due querele tratto dalla L. 9 Cod. *de inoff. donat.* Invero non si può negare che fra la *querela inofficiosae donationis* e la *querela inofficiosi testamenti* abbia luogo sotto più riguardi una grande somiglianza, cioè

a) riguardo alla *causa* che per le due azioni è *eadem* o *similis*, come dice la L. 9 cit. Invero l'azione della donazione inofficiosa è stata introdotta secondo il tipo dell'azione pel testamento inofficioso, il che dunque, come appare da ciò che è stato detto precedentemente, vuol significare che a causa di una lesione della legittima causata da una donazione tra vivi debba esser connessa un'azione, così come se la lesione fosse avvenuta in un testamento.

b) Riguardo alle persone tra le quali le due azioni hanno luogo. Infatti ambedue le azioni

1) possono essere promosse soltanto dal vero erede necessario, ossia da quel cognato del donante cui spetta la legittima (§ 543). Cioè, da figli, genitori e fratelli e sorelle del donante, in quanto, cioè, questi ultimi possano pretendere la legittima per essere stata preferita loro una turpe persona ⁴¹).

2) Esse vengono promosse contro coloro, per causa dei quali è avvenuta la lesione dell'erede necessario. Come la *querela inofficiosi testamenti* ha luogo anzitutto contro l'erede istituito nel testamento e possessore dell'eredità, così la querela della donazione inofficiosa vien promossa anzitutto contro colui a cui fu fatta la donazione in danno dell'attore sia l'estraneo, sia l'erede necessario. Se siano state fatte delle donazioni in diversi tempi si può agire sol-

⁴¹) Le leggi ricordano espressamente solo i figli e i genitori. LL. 1 e 4 C. *de inoff. donat.* Ma che una donazione possa essere impugnata come inofficiosa anche dai fratelli e dalle sorelle, quando sia stata fatta ad una turpe persona, non è soggetto di menomo dubbio. Vedi *Ge. Iud. BÖHMER, Diss. cit. de querela inofficiosae donationis fratrum*, § 2 seg. — VOET *ad Pand. tit. de donation.* § 37.

tanto contro il donatario, con la cui donazione cominciò la lesione della legittima ⁴⁵⁾. Quindi è inesatto con Antonio FABRO ⁴⁶⁾, PEREZ ⁴⁷⁾, VOET ⁴⁸⁾ e WISSENBACH ⁴⁹⁾ affermare che tutte le donazioni, così le prime, come le ultime, possano essere revocate *pro rata*, sebbene ai medesimi acceda anche il WALCH ⁵⁰⁾. Con le leggi sopra citate questa opinione non è dimostrabile. Non si ha neppur alcun riguardo se le più donazioni siansi succedute in breve o lungo tempo fra loro ⁵¹⁾. Ma è molto dubbioso se perciò l'azione sia da ritenere come semplicemente personale. VOET ⁵²⁾, ZOESIUS ⁵³⁾ e THIBAUT ⁵¹⁾ sono realmente di questa opinione. Ma non senza fondamento ha obiettato in contrario il DONELLO ⁵⁵⁾ che un'azione personale sorge soltanto da una *obligatio* e qui il convenuto non si è obbligato verso l'attore mediante alcun *factum*. Specialmente fa contro quella opinione ciò che le leggi dicono, essere la querela della inofficiosa donazione *iuxta formam de inofficioso testamento constitutam* ⁵⁶⁾ e *ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae* ⁵⁷⁾, parimente *ad exemplum inofficiosi testamenti* ⁵⁸⁾ e infine essere stata introdotta *ad instar inofficiosi testamenti* ⁵⁹⁾. Aveva quindi indubbiamente a comune con l'azione del testamento inofficioso il carattere di azione ereditaria qua-

45) SICHARDUS in *Comm. ad L. 5 C. de inoff. donat.* — LAUTERBACH, *Disq. de inofficiosa donatione* § 26. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1000 n. V. — MALBLANK, *Dig. parte II sect. II* § 780, e THIBAUT, *System des Pandectenrechts*, parte 2 § 1108.

46) *Cod. definition for.* lib. III tit. 29 def. 7.

47) *Praelect. in Cod. tit. de inoff. donat.* n. 6.

48) *Comm. ad Pand.* tom. II tit. *de donat.* § 38.

49) *Commentar in Cod. eodem tit.* § *Quid si plures donationes, etc.*, pag. 180.

50) *Introd. in controv. iur. civ.* pag. 476 § 17.

51) RAU, *Diss. cit.* § IX pag. 29.

52) *Comment. ad Pand.*, tit. cit. § 37.

53) *Commentar ad Dig. tit. de donat.*, n. 83.

54) *System des Pandectenrechts* l. c. parte 2 pag. 296.

55) *Comment. iuris civ.* lib. XIX cap. 11 pag. 1103.

56) L. 1 C. *de inoff. donat.*

57) L. 2, L. 9 C. *codem.*

58) L. 6 C. *codem.*

59) L. 4, L. 8 C. *codem.* Le parole della L. 5 C. *codem.*: *ad patrimonium tuum revertetur* non costituiscono prova alcuna che l'azione sia un mezzo giuridico semplicemente personale.

lificata e quindi, come BAUDUS ⁶⁰⁾, *Iust. Henn.* BOEHMER ⁶¹⁾ e RAU ⁶²⁾ affermano e piuttosto da ascrivere fra le azioni reali. Pertanto al pari della *querela inofficiosi testamenti* non solo può esser promossa contro il donatario, ma anche contro il successore che subentra al suo luogo, il quale possieda le cose donate e nega che l'attore perciò è stato leso nella sua legittima.

e) Riguardo alla durata le due azioni sono simili in ciò che ambedue estinguonsi dopo cinque anni ⁶³⁾. Questa somiglianza non solo viene osservata espressamente nella L. 9 sopra citata, ma anche in una costituzione degli imperatori GRAZIANO, VALENTINIANO e TEODOSIO che trovasi nel codice teodosiano ⁶⁴⁾, vien detto in generale delle *actiones inofficiosae* che è loro prescritta la durata di cinque anni ⁶⁵⁾. Trovasi soltanto una differenza riguardo al momento dal quale incomincia a correre la prescrizione di queste azioni. Infatti se nella *querela inofficiosi testamenti* il quinquennio vien calcolato in quel momento in cui l'erede ha adito l'eredità ⁶⁶⁾, ciò non può certamente essere applicabile alla *querela inofficiosae donationis*, perchè qui non si può far questione di alcuna adizione della eredità. La prescrizione in questa azione incomincia subito dopo la morte del donante. È falso invece, ciò che alcuni affermano, che si verifichi già durante la vita del donante: opinione già del tutto confutata dal WALCH ⁶⁷⁾. In ciò concordano ambedue le azioni che possono esser promosse solo dopo la morte del relinquente e che quando

⁶⁰⁾ *Var. Quaestiones iur. civ.* lib. II qu. 24.

⁶¹⁾ *Doctrina de actionib.* sect. II cap. III § 43.

⁶²⁾ *Diss. cit. de querela inoff. donat.*, § 3 pag. 11 ssg.

⁶³⁾ *Car. Frid. WALCH, Diss. de querela inofficiosae donationis praescriptione* (Jenae 1768).

⁶⁴⁾ L. 5 C. Th. *de inoff. testam.* — *Iac. GOTHOFREDUS in Comm. ad h. L.* tom. I pag. 206 spiega perchè questa legge non è stata inserita nel Codice giustiniano.

⁶⁵⁾ A buon diritto condanna quindi *Pet. MÜLLER ad Struvium*, exercit. XL th. 14 nota s n. III, l'opinione di coloro, i quali sostengono che secondo la Novella 92 abbia luogo, a causa sulle donazioni inofficose, semplicemente un'*actio personalis* o *condictio ex lege*, la quale estinguerebbersi soltanto col decorso di trent'anni.

⁶⁶⁾ L. 36 § 2 C. *de inoff. testam.*

⁶⁷⁾ *Diss. cit.* §§ 15 e 16.

l'attore è ancora minore, il quinquennio nelle due azioni non incomincia a decorrere primachè il medesimo non abbia raggiunto la maggiore età⁶⁸⁾. Finalmento

4) quando la querela è inammissibile e vien meno contro un testamento, non ha neppur luogo la *querela inofficiosae donationis*. A ciò si riferisce il caso che il convenuto possa dimostrare che l'attore ha commesso tale atto d'ingratitude verso il defunto, che pel diritto delle Novelle merita la diseredazione⁶⁹⁾. Anche la *querela*

⁶⁸⁾ L. 2 C. *in quibus causis in integr. restit. necessaria non est* [2, 41]. Veramente in queste leggi parlasi in modo esplicito soltanto della *querela inofficiosi*. Ma la somiglianza che in base alla L. 9 C. *de inoff. donat.* deve esistere riguardo al tempo e alla durata fra quell'azione e la *querela inofficiosae donationis*, non ci fa dubitare che la L. 2 valga anche per quest'ultima. Che anche i Greci abbiano inteso in questo modo, è dimostrato da un passo di HARMENOPULO, *Promptuar. iuris*, lib. V tit. 9 § 24, dove dicesi: Δύνσθαι τὸν παῖδα τὴν κατὰ τῆς διαθήκης τοῦ πατρὸς, ἢ τῆς δωρεᾶς μέρην χιναίν. εἰ μὴ τὸ χαταλειμμένον αὐτῷ διὰ πάντων, ἀρκαί αὐτῷ πρὸς τὸ ἢ ἐπίγνωσιν τοῦ πατρὸς, βούλησιν ἢ πέντι εἴτη παρέδραμε, καὶ μείζων ἴσθι τῶν κί ἐνιστατῶν: id e. *Potest filius adversus patris testamentum, aut donationem ab eo factam querelam instituire, nisi id, quod ei relictum est, omnino ad explendum trientem datus sit, vel nisi patris sui agnoverit voluntatem, vel quinquennium effluerit, et maior sit viginti quinque annis.*

⁶⁹⁾ Novella 92 [ZACH. 131] cap. I § 1: *Haec tamen de liberis dicimus, qui erga ipsos grati sunt, non vero de ingratiss, quibusve pater iustam et legitimam ingratitude obicit. Nam si hoc ita se habere appareat et causas ingratitude demonstrantur, leges de ingratiss latae ratae sint, per hanc nostram legem in nullo minuendae.* — SAM. DE COCCEJI, *Ius civ. controv.*, lib. XXXIX tit. 5 qu. IX §§ 2 e 4, crede che GIUSTINIANO abbia avuto qui nel pensiero la L. ult. C. *de revoc. donat.*, e secondo questa dovrebbero essere determinate le cause d'ingratitude escludenti la *querela inofficiosae donat.* Ma COCCEJI non ha pensato che la L. ult. C. cit. parla soltanto delle cause d'ingratitude per le quali il donante medesimo è autorizzato a revocare la donazione. Inoltre GIUSTINIANO non parla di una legge, ma fa menzione τῶν νόμων. Senza dubbio quindi l'imperatore coll'espressione *leges de ingratiss latae* intende riferirsi a quelle che trattano delle cause di diseredazione. Invero nella Novella 115 cap. 3 pr. dice: *Quia causae, ex quibus liberi ingrati iudicari debent per diversas leges dispersas, nec clare expressas invenimus — propterea necessarium nobis esse visum est, praesenti lege illas nominatim comprehendere.* Le cause d'ingratitude, escludenti la *querela inoff. donationis*, debbono quindi tanto più essere determinate con la Novella 115 *cum novum non sit*, come PAOLO dice nella L. 26 D. *de legib.* [1, 3]: *ut priores leges ad posteriores trahantur.* Vedi RAU, *Diss. cit.* § X.

inofficiosi vien meno quando è dimostrabile una legittima causa di diseredazione. Un atto di ingratitudine dell'erede necessario, che pel diritto delle Novelle non è valida causa di diseredazione, non impedisce d'impugnare la donazione come inofficiosa ⁷⁰).

Malgrado questa somiglianza, alla nostra querela non è ascritta la piena efficacia dell'azione d'inofficiosità. Piuttosto dalle leggi sopra citate è intieramente palese che le donazioni inofficiose possono esser revocate solo in quanto con ciò la legittima degli eredi necessari è dimostrabilmente stata lesa.

β) Donazioni a causa di morte. Qui non ha luogo alcuna querela *inofficiosae donationis*, perchè il titolo del codice *de inoff. donat.* parla soltanto di donazioni fra vivi e la querela introdotta contro di esse ha luogo allora soltanto che vi è difetto di un altro mezzo giuridico ⁷¹). Il VOET ⁷²) è di altra opinione. Ma sebbene questa abbia trovato accoglienza anche in HOEPPNER ⁷³) e THIBAUT ⁷⁴), si confuta da sè medesima già per la circostanza che all'erede necessario non mancano altri mezzi giuridici quando per donazioni a causa di morte sia spogliato della sua legittima o lesa in questa. Le leggi accordano qui all'erede necessario, tanto nel caso che sia istituito erede nel testamento, come in quello che il relinquirente sia morto senza il testamento, il *beneficium fulcidiae* ⁷⁵). Infatti il donatario a causa di morte vien riguardato come un legatario o deve

⁷⁰) Ernst Gottfr. SCHMIDT, *theoretisch. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden* vol. 3 § 558 ad 3) pag. 31 seg., e THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte 2 § 1103 pag. 296.

⁷¹) Io. Iac. WISSENBACH, *Comment. in Cod. tit. de inoff. donat.*, pag. 179. — Ant. PEREZ, *Praelect. in Codic. eod. tit. n. 3.* — Hug. DONELLUS in *Commentar iur. civ. lib. XIX cap. 11.* — Wolfg. Ad. LAUTERBACH, *Disq. de inofficiosa donat.* § 25. — Io. Ortov. WESTENBERG, *Diss. IX de causis obligationum* cap. IV § 5. — RAU, *Diss. cit.* § 3 pag. 11. — SCHMIDT nel cit. *theor. pract. Commentar*, parte 3 § 551 n. 2 pag. 27 seg.

⁷²) *Comm. ad Dig.*, tom. II tit. *de donation.*, § 40.

⁷³) *Theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen*, § 412 nota 2 pag. 435.

⁷⁴) *System des Pandectenrechts* parte 2 § 1113 pag. 300.

⁷⁵) L. 8 §§ 9 e 11 D. h. t.; L. 18 D. pr. *ad legem Fulcidiam* [35, 2]; L. 5, LL. 10 e 11 C. *eodem*.

perciò ammettere il defalco della falcidia ⁷⁶⁾. Siccome però la legittima secondo la Novella 18 cap. 1 ammonta a più della quarta falcidia, l'erede necessario leso riceve quindi la legittima come un surrogato della falcidia ⁷⁷⁾, ma non può defalcare questa insieme con la legittima, perchè i sopra citati testi di diritto canonico, cioè i cogniti *capitt. Raynutius* e *Raynaldus* sono inapplicabili a donazioni a causa di morte ⁷⁸⁾. *Ernst Gottfr. SCHMIDT* crede che l'erede necessario leso da una tale donazione possa pretendere la sua legittima con la *condictio ex* Novella 18 cap. 1. Ma ricevendo qui l'erede necessario la legittima come surrogato della falcidia, sono piuttosto a sua disposizione quei mezzi giuridici, che spettano all'erede a causa della quarta falcidia ⁷⁹⁾.

b) La costituzione di una dote. Se questa è stata fatta in una quantità così immoderata e il patrimonio del costituente ne è stato così consumato o indebolito, che ora dopo la morte di lui non resta neppure la legittima agli eredi necessari da lui lasciati, dote siffatta vien chiamata inofficiosa (*dos inofficiosa*). Contro questa l'imperatore COSTANZIO nella L. un. C. *de inoff. dotibus* introdusse un mezzo giuridico che dicesi *querela inofficiosae dotis* ⁸⁰⁾ ^{h)}. Le parole di quella

⁷⁶⁾ L. 27 in fine D. *de mortis causa donat.* [39, 6]; L. 2 C. *de donat. mortis causa* [8, 57]. — *Iac. WOORDA, Commentar. ad Legem Falcidiam, cap. VI § 6.*

⁷⁷⁾ A ragione dico quindi *WISSENBACH*, l. c. pag. 179 *Mortis causa donatio citra querelam per legitimam minuitur.* L. 1 § 5 D. *quod legator.*

⁷⁸⁾ Si confronti qui a preferenza *Frid. Hieron. Rud. ZIEGLER, Diss. de mortis causa donatario omnium bonorum duplicis portionis deductione ab heredibus necessariis non onerando* (Erfordiae 1798).

⁷⁹⁾ Vedi *WOORDA, Comm. cit. cap. 13*, e *WESTPHALS hermeneutisch-syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen § 1344* pagina 930 seg. Di ciò a suo tempo al § 1579.

⁸⁰⁾ Una fondamentale trattazione intorno a questo mezzo giuridico è contenuta in *Io. Sylvest. TAPPEN, Diss. inaug. de remediis emendandae laesionis ex dote, et sigillatim ea, quae inofficiosa dicitur* praes. *Tob. Iac. REINHARTHO*, def. (Goettingae 1741, 4) sect. II § 29 seg.

^{h)} Sulla *querela inofficiosae dotis* cfr. *MÜHLENBRUCH*, l. c. pag. 130 seg.; *FRANCKE*, op. cit. § 45 pag. 536.

costituzione che, come io in seguito osserverò, hanno dato occasione a taluni dubbi, suonano così nel codice giustiniano ⁸¹⁾.

Imp. COSTANTIUS A. ad Maximum Praesidem Ciliciae.

Cum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, leges legibus concordare promptum est ⁸²⁾ ut ad exemplum inofficiosi testamenti

81) Questa costituzione dell'imperatore COSTANZIO trovasi anche nel Codice teodosiano lib. II tit. 21. Essa è cioè la L. 1 C. Th. *de inoff. dotib.* Ma TRIBONIANO si è permesso qui alcuni mutamenti. Nel Codice teodosiano essa suona così: *Cum omnis hereditas dote dicatur exhausta, concordare legibus promptum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur.* Verosimilmente trattavasi qui del caso della dotazione di una figlia, con che il padre aveva sottratto la legittima ai restanti figli, come crede anche Iac. GOTHOFREDUS in *Comm. ad h. L.* tom. I pag. 213. Ma TRIBONIANO si propone un caso nel quale la costituzione della dote inofficiosa era stata fatta dalla madre a danno dei suoi figli, del che parla la L. 2 C. Th. *de inoff. donat.* Questa è pure una costituzione dell'imperatore COSTANZIO, che, a cagione del suo mutato contenuto, non è stata accolta nel Codice giustiniano. Essa dice così: *Dote ab uxore marito dati, filios ex priori matrimonio, si neque ultra dotrantem, neque in fraudem legis Papiae constituatur, de hoc repetenda nullam constat habere actionem.* I figli di primo letto, secondo queste costituzioni, debbono avere un'azione in due casi per ripetere la dote apportata dalla loro madre al patrigno. Cioè: 1.º quando essa abbia assegnato a lui per dote oltre tre quarti del suo patrimonio, cosicchè niente rimane ai figli per legittima. Qui possono ripetere soltanto la legittima. 2.º Quando essa ha assegnato al suo secondo marito più di quello che la *Lex Papia* permetteva. Questa legge statuiva che un coniuge il quale non avesse alcun figlio a comune con l'altro, non dovesse ricevere *matrimonii nomine* più della decima parte, quando poi avesse figli di primo letto tanti decimi, quanto è il loro numero. Vedi HEINECCI, *Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam* lib. II c. 14. Quando pertanto la madre avesse dato in dote al suo secondo marito tutto il patrimonio per trattenerlo dopo la morte di lei, i figli di primo letto potevano ripetere in tal caso tanto quanto il patrigno avesse ricevuto oltre la somma della *Lex Papia*. La qual legge fu poi abolita da GIUSTINIANO. In genere però pei figli di primo letto fu meglio provveduto con una più recente legge, cioè con una costituzione degli imperatori LEONE e ANTONIO. L. 6. C. *de secund. nuptiis* [5, 9], e perciò TRIBONIANO ha tralasciato questa costituzione nel Codice giustiniano e trasferito nella prima legge soltanto il caso della madre, che, mediante inofficiosa costituzione di una dote, ha sottratto la legittima ai suoi figli. Si veda Iac. GOTHOFREDUS, *Comm. ad h. L. 2 C. Th. de inoff. donat.* t. I pag. 214 seg., e WESTPHALS *Theorie des R. R. von Testamenten* § 426 pag. 317.

82) Le parole *leges legibus concordare* qui non hanno alcun giusto significato,

adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita conferantur. Dat. 4 C. l. Iunii TATIANO et CEREALE COSS. 358.

Secondo le parole di questa legge, come è stata interpolata da TRIBONIANO, si parla di tal caso in cui una madre con una immoderata costituzione di dote aveva intieramente consumato il suo patrimonio e perciò aveva sottratto la legittima ai figli. Molti giuriconsulti, specialmente più antichi, vogliono con BALDO e BAETOLO intender ciò di una madre che, in pregiudizio dei figli di primo letto, ha rilasciato per dote al suo secondo marito l'intero patrimonio in guisa tale che lo debba trattenere dopo la morte di lei; vogliono quindi limitare soltanto a questo caso il disposto della legge. Si dice che TRIBONIANO abbia avuto qui davanti agli occhi la L. 2 C. Th. *de inoff. dot.* e che con questa debba essere interpretata quindi la L. un. C. Inst.⁸³). La nostra legge non dovrebbe ricevere alcuna applicazione, quando la madre avesse dato in dote al suo primo marito il proprio patrimonio in guisa tale che egli dopo la morte di lei dovesse trattenere. Qui i figli generati con suo marito non dovrebbero avere alcuna azione perchè furono senz'altro eredi del padre loro e quindi non sarebbero stati lesi dall'atto della madre. Ma tutta questa interpretazione pugna palesemente con lo spirito della legge. Senza dubbio spetta la legittima ai figli così sull'eredità materna come sulla paterna e non può essere onerata in alcuna guisa, se si volesse negar loro la querela in quest'ultimo caso, i figli dovrebbero aspettare sino a che il padre muore, ma a ciò non sono obbligati poichè la legittima compete loro subito dopo la morte della madre,

quantunque anche *Ant. FABRO, de Errorib. Pragmatic.*, dec. XCIX err. 3, siasi sforzato di inserirvene uno. Dal Codice teodosiano, l. c., appare chiaramente che la lezione è inesatta; ivi dicesi semplicemente *legibus concordare promptum est*. Questa più esatta lezione trovasi anche in antichi manoscritti. Le parole stesse poi hanno il significato: *facile intelligitur, legibus convenire*. Vedi *Iac. GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 2 C. Th. de inoff. dot.*, e *WESTPHALS Theorie cit.* § 425.

⁸³) *MOLINAEUS in Tr. de inoff. testam. donationib. et dotibus*, § 72. — *TRENTACINQUIUS, de iure dotium*, lib. III resolut. III n. 4. — *SICHARDUS ad Codic. tit. de inoff. dot.*

come anche WESENBEC ⁸¹⁾ e BRUNNEMANN ⁸⁵⁾ hanno a buon diritto ricordato contro quella erronea interpretazione. Se TRIBONIANO avesse voluto limitare la L. un. soltanto al caso della L. 2 C. Theod. *de inoff. dot.* avrebbe potuto lasciar fuori l'intera legge così come la L. 2 del codice teodosiano, perchè ai figli di primo letto spetta già in questo caso un più vantaggioso mezzo giuridico per la L. 6 C. *de sec. nupt.*, in base alla quale niun ascendente che viva in seconde nozze può assegnare sul suo patrimonio per alcun titolo al suo secondo coniuge, neppure a causa di dote più di quello che riceve un figlio di primo letto.

Secondo lo spirito della legge che tende a impedire le lesioni degli eredi necessari riguardo alla legittima prodotte da immoderate donazioni, si può concepire una *dos inofficiosa* nei seguenti casi:

1) quando i genitori, sia il padre o la madre, hanno dato ad una figlia sul loro patrimonio tal dote che per ciò i restanti figli sono spogliati della legittima o lesi in essa ⁸⁶⁾.

2) Quando la madre ha assegnato in dote tutto il suo patrimonio o la maggior parte di esso al proprio marito in guisa che deve conservarlo dopo la morte di lei e così ha sottratto o almeno diminuito la legittima ai propri figli. Se così sono stati lesi i figli di primo letto è controverso se debba farsi uso della *querela inofficiosae dotis* ⁸⁷⁾. Molti giureconsulti non si peritano di affermarlo e veramente sostengono alcuni che la *querela inofficiosae dotis* concorra col *remedium* L. 6 C. *de secund. nupt.* in guisa che i figli mediante la querela chiedono la legittima loro e con l'altro mezzo giuridico possano anche agire contro il loro patrigno per la divisione del restante patrimonio impiegato per la dote dalla loro defunta madre. Altri ⁸⁸⁾, al contrario, concedono qui soltanto la *querela inofficiosae*

⁸¹⁾ *Comm. ad L. un. Cod. cit.*, n. 43.

⁸⁵⁾ *Commentar. ad eand.*, L. Cod. n. 4.

⁸⁶⁾ PEREZ, *Praelect. in Cod. tit. de inoff. dot.* n. 4. — WISSENBACH, *Comm. ad Cod. eodem tit.*

⁸⁷⁾ BRUNNEMANN in *Commentar ad tit. Cod. de inoff. dot.* n. 5, e REINHART, *Diss. cit.* sect. II § 41.

⁸⁸⁾ SCHMIDT nel *theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen* vol. 3 § 559.

dotis, perchè credono che ai figli sia più vantaggiosa che quel *remedium* L. 6 C. *de secund. nupt.* Infatti mediante la querela i figli potrebbero reclamare l'intero patrimonio dal patrigno, poichè qui la madre con un atto inofficioso ha attribuito il suo patrimonio ad un estraneo. Ma l'ultima opinione riposa sopra un falso presupposto, come in appresso sarà dimostrato. La prima opinione invece non si può difendere perchè la *querela inofficiosae dotis* come l'azione del testamento inofficioso, secondo il cui esempio è stata introdotta, è un mezzo giuridico soltanto sussidiario, che ha luogo soltanto allora che manca ogni altro sufficiente mezzo giuridico ⁸⁹⁾. Ma questo è dato pienamente dal *beneficium* L. 6 Cod. *de secund. nupt.* Quindi tale opinione è da rigettarsi giustamente con PEREZ ⁹⁰⁾, WISENBACH ⁹¹⁾ e altri. Altra cosa sarebbe se la L. 6 C. *de secund. nupt.* non potesse essere applicata in un dato caso ⁹²⁾.

3) Quando una figlia ha irrevocabilmente assegnato in dote a suo marito tutto il proprio patrimonio e siccome è morta senza figli, ha sottratto così la legittima dovuta ai suoi genitori ⁹³⁾. Finalmente

4) quando un fratello o una sorella per collocare una turpe persona o quando una sorella ha prodigato il proprio patrimonio assegnandolo in dote a tal marito, che è persona turpe o sospetta, in danno dei loro fratelli o sorelle cui in queste circostanze spetta la legittima ⁹⁴⁾.

In tutti questi casi esiste lo stesso motivo, lesione della legittima a causa d'immoderate spese di collocamento; quindi l'applicazione di questa legge è tanto meno soggetta a dubbio in quanto la *querela*

⁸⁹⁾ WESENBEC, *Commentar. ad Cod. tit. de inoff. dot.*, n. 18.

⁹⁰⁾ *Praelect. in Cod. tit. de inoff. dot.*, n. 2.

⁹¹⁾ *Comm. ad Cod. eodem tit.*

⁹²⁾ Per esempio, i figli di primo letto hanno rinunciato alla L. 6. Vedi *Ge. Lud. BOEHMER, Diss. de restricta de bonis suis in favorem secundi coniugis disponendi facultate* (Goett. 1768, § 15), ovvero la L. 6 C. è stata abolita in un paese da leggi speciali o per una consuetudine contraria, come, per esempio, in Sassonia. Vedi CARPZOV, parte II const. XLIII definit. 17.

⁹³⁾ MERLINUS in *Tr. de legitima* lib. II tit. 1 qu. 20 n. 18. — WESENBEC, l. c. n. 45.

⁹⁴⁾ REINHARTH s. TAPPEN, *Diss. cit. sect. II § 42.*

inofficiosae dotis è stata introdotta, ad esempio, della *querela inofficiosi testamenti*.

La *querela inofficiosae dotis* vien promossa dall'erede necessario leso nella legittima contro il marito ⁹⁵⁾ che ha ricevuto la dote indebitamente costituita o anche contro la figlia inofficiosamente favorita o la sorella o anche i loro eredi ⁹⁶⁾ ed è diretta a questo che il convenuto consegua sul patrimonio ricevuto in dote tanto quanto rappresenta la legittima dell'attore o manca ad essa ⁹⁷⁾. Se nella costituzione abbia o no dominato la intenzione di sottrarre la legit-

⁹⁵⁾ Ant. FABRO, *de Errorib. Pragmat.* dec. XCIX err. 3, e REINARTH, *Diss.* cit. § 43.

⁹⁶⁾ WESENBEC, l. c. n. 48. — SÜENDINGOERFER, *Tr. de actionibus successor* pagine 264 e 266.

⁹⁷⁾ Per mezzo della *querela* non può essere mai reclamata l'intera dote, neppure nel caso che SCHMIDT, *theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch*, lib. III § 559 eccettua, cioè quando la madre ha assegnato in dote tutto il suo patrimonio al marito in modo che deve trattenerlo dopo la morte di lei, e così ha cercato di torre la legittima ai figli. Che tale azione si diriga soltanto alla legittima, dimostrano del tutto chiaramente le parole della L. un. *ut filiis conquerentibus emolumenta debita conferentur*. Anche l'antico *Interpres* in Iac. GOTHOFREDUS, *Comment. ad Cod. Theod.* tom. I pag. 211, non intende quelle parole in altro modo. Questi interpreta, cioè la L. 1 Codice Th. *de inoff. dot.*, da cui è scaturita la L. un. C. Just., nel seguente modo: *Quoties per dotem ita omnis hereditas evacuata probatur ut quarta hereditatis ipsis non fuerit reservata, liceat filiis ad similitudinem inofficiosi testamenti contra dotem agere, et debitam sibi portionem ex lege repetere*. In ciò concordano quasi tutti i giureconsulti, come WESENBEC, l. c. n. 51. — Iac. GOTHOFREDUS in *Comm. ad L. 1 C. Th.* cit. tom. I pag. 213. — Card. de LUCA in *Theatr. veritatis et Iustit.*, tom. IV disc. CLVI *de dote* n. 2 pag. 430. — PEREZ in *Praelect.* in tit. *Cod. de inoff. dot.*, n. 2. — WISENBACH in *Comm. ad eund. tit.*, pag. 181. — PACIUS, *Analys. Cod. eod. tit.*, pag. 262, e altri molti. Aderiscono qui coloro stessi che, del resto, riguardo alla *querela inofficiosae donationis*, son di altra opinione, come Ant. FABRO, *de Errorib. Pragmaticor.*, l. c. Questi pone la differenza in ciò che la *dotis constitutio* non sia una semplice *causa lucrativa*. *Dotis enim titulus*, dice egli, *onerosus est, quantum ad maritum propter onera matrimonii*. L. ult. § 1 D. *quae in fraud. hered.*; L. 19 D. *de O. et A. quamvis veteres dotis dationem etiam inter donationes annumerarent, ut JUSTINIANUS refert* in L. 20 C. *de donat. ante nupt. scilicet ex parte dantis, non ex parte mariti accipientis, ideoque minus ex dote, quam fieri possit, marito auferendum est, qui non aliter uxorem ducturus fuit*; L. 62 in fine D. *de iure dotiam*. Si veda anche TAPPEN, *Diss.* citata, § 44.

tima agli eredi necessari, è indifferente ⁹⁸⁾, come pure non si ha riguardo a questo se il convenuto abbia saputo o no della lesione della legittima ⁹⁹⁾. Siccome tuttavia questa querela è stata introdotta secondo l'esempio della querela del testamento inofficioso, non può esser promossa che dopo la morte di colui, il quale ha inofficiosamente costituito la dote, se anche il matrimonio stesso, a causa del quale questa fu costituita, non dovesse ancora essere sciolto ¹⁰⁰⁾. La sua durata, pure sul modello della *querela inofficiosi* è ristretta a cinque anni. Il WESENBECK ¹⁾, il cardinale DE LUCA ²⁾, il MELER ³⁾ e REINHARTH ⁴⁾ vogliono sostenere che l'azione duri trenta anni. Ma vengono qui in campo gli stessi argomenti che sono stati trattati nella *querela inofficiosae donationis* (pag. 176 del testo tedesco e pagina 485 dell'ediz. ital.). Con me concordano Giulio PACIO ⁵⁾, DONNELLO ⁶⁾ e SUENDENDOERFER ⁷⁾.

Del resto, anche nella costituzione di una dote per determinare se e in quanto sia da ritenere per inofficiosa, deve aver riguardo allo stato del patrimonio tanto al momento della fatta dotazione, quanto al tempo della morte del costituente ⁸⁾. Se al momento in cui avvenne non era inofficiosa, la posteriore diminuzione del patrimonio non viene in considerazione ⁹⁾. Vale qui tuttocchè che sopra è stato osservato riguardo alla *donatio inofficiosa* (pag. 97 del testo tedesco e pag. 489 dell'ediz. ital.).

⁹⁸⁾ WESENBECK, n. 31.

⁹⁹⁾ TAPPEN, *Diss. cit.* § 43.

¹⁰⁰⁾ PEREZ, *Praelect. in Cod. cit. tit. n. 4.* — MERLINUS in *Tr. de legitima*, lib. II tit. 1 qu. 20 n. 9 seg. — Card. de LUCA, l. c. n. 6 pag. 432., e REINHARTH, *Diss. cit.* § 45.

1) *Loc. cit.* n. 55.

2) *Loc. cit. disc. CLVI n. 11.*

3) *Colleg. Argentorat.*, tom. I *Tit. de inoff. testam.* § 68 pag. 431.

4) *Diss. cit.* § 46.

5) *Analys. Codic. tit. de inoff. dotibus* pag. 262.

6) *Comm. iuris civ. lib. XIX cap 11 in fine.*

7) *Tr. de actionib. successor.*, membr. III art. V § 23 pag. 265, e art. VI § 23 pag. 268.

8) REINHARTH s. TAPPEN, *Diss. cit.* § 47.

9) HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. V obs. 602 n. 3 pag. 17, e THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte 2 § 1108.

2) Le alienazioni lesive della legittima, le quali sono state fatte dal relinquirente durante la sua vita possono essere state fatte anche *titulo oneroso*. Per esempio, quando il relinquirente fece una transazione o una permuta dannosa, o vendette una cosa sotto il suo vero prezzo o la comprò ad un prezzo troppo elevato e cioè nella malvagia intenzione di sottrarre la legittima ai suoi eredi necessari ¹⁰). In questi casi agli eredi necessari è concessa in pratica l'*actio quasi Calvisiana* e *quasi Faviana* contro colui al quale la dolosa alienazione fu fatta, sia egli in *bona* o *mala fide*; con che l'avvenuta alienazione, in quanto l'attore ne è stato danneggiato nella legittima, può esser revocata ¹¹). Come azioni dirette le medesime furono introdotte presso i Romani a vantaggio dei patroni quando i loro liberti, per mezzo di alienazioni, avessero diminuito in tal modo durante la loro vita il proprio patrimonio nella intenzione di danneggiare il patrono nella successione, che talora gli spettava *ex asse*, talora in una quota determinata per legge ¹¹). In questo caso pertanto il patrono leso da una tale inofficiosa donazione, quando il liberto avesse lasciato un testamento poteva

¹⁰) Si veda BOEHMER, *Doctr. de actionib.* sect. II cap. III § 41. — SCHMIDT, *Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden* § 570 sog.

¹¹) HELLFELD chiama quest'azione, § 1262, erroneamente *actio Faviana*. Io voglio di buon grado ritenere che sia un errore di stampa. Ma merita il più giusto biasimo, perchè sono rimasti senza correzione questo e molti altri errori di stampa in gran parte molto ridicoli (come, per esempio, il § 1691 nota *u*, dove invece di *dupli* devesi leggere *pupilli*) nella nuova edizione di questo manuale falsamente spacciato sotto il nome dell'onorevole signor Cons. intimo di giustizia OELTZE (Jenae 1801). Si potrebbe ringraziare il non autorizzato editore se egli invece di sfigurare questo manuale con termini indecenti contro uomini pregevoli, come un KOCH, un HAUBOLD ed altri, e se invece di caricarlo di aggiunte letterarie copiate senza criterio e senza buona scelta dal LIPENIO, avesse cercato di correggere quegli errori.

²) Rimpetto al nostro Codice si ricordi ciò che fu osservato sopra (§ 547 nota *d*) riguardo alle alienazioni ad un legittimario a capitale perduto o con riserva d'usufrutto: atti nei quali si ravvisa l'esistenza di una donazione malgrado l'apparente carattere di atto oneroso.

Anche nel nostro diritto se la riduzione limitasi alle donazioni, si potrà, senza dubbio, servirsi di quel mezzo giuridico tanto contro le donazioni palesi, quanto contro quelle mascherate da altri atti giuridici. Cfr. in proposito ciò che già fu osservato sopra, § 547 nota *d*.

ripetere con l'*actio Fariana* e, se fosse morto senza testamento, con la *Calvisiana* ciò che era stato alienato, in quanto per tal modo la quota ereditaria spettante al patrono fosse stata diminuita ¹²⁾). Tali azioni si concessero in seguito anche ad un impubere arrogato quando l'arrogatore, durante la sua vita, avesse diminuito il proprio patrimonio per sottrarre all'impubere la quarta parte dei beni spettante al medesimo secondo la costituzione dell'imperatore PIO, per esempio, nel caso che sia stato emancipato senza legittimo motivo ¹³⁾). In base a questa analogia la pratica accorda quelle azioni anche ai figli, quando il padre per mezzo di onerose alienazioni tra vivi abbia indebolito il proprio patrimonio con la intenzione di togliere ad essi la legittima ¹⁴⁾). Questa *actio quasi Calvisiana* e *quasi Fariana* ^{k)} differenziansi tuttavia dalle querele sopra ricordate in questo che

1) suppongono da parte del relinquente un dolo ¹⁵⁾, che sempre deve essere dimostrato dall'attore, poichè attiene al fondamento dell'azione ¹⁶⁾. Dalla parte del convenuto non si ha riguardo se egli è in *bona* o *mala fide*. Tuttavia il medesimo, quando a troppo buon mercato gli fu venduta una cosa dal relinquente a danno dei suoi eredi necessari, ha la scelta o di pagare quel di più cui ammonta il soverchio buon mercato o di restituire la cosa e riprendere il prezzo di compera. Se è invece il venditore, dal quale la cosa fu comprata a troppo caro prezzo, egli può, se vuole, consegnare ciò che ha ricevuto di soverchio o ripetere la cosa e restituire l'intero prezzo di compera ¹⁷⁾.

¹²⁾ Vedi tit. Pand. *Si quid in fraudem patroni factum sit* [38, 5], L. 1 C. *eodem*.

¹³⁾ L. 13 D. *si quid in fraud. patroni*.

¹⁴⁾ FACHINAEUS, *Controvers. iur.* lib. VI cap. 85. — BRUNNEMANN, *Comment. ad I. fin. D. si quid in fraud. patr.* — LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pand.* lib. XXXVIII tit. 5 § 3. — LEYSER, *Specim.* XCI medit. 2,

¹⁵⁾ L. 1 § 4 D. *eod.*

¹⁶⁾ L. 1 § 1 D. *eod.*, L. 6 D. *de probation.* — SCHMIDTS, *theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen*, lib. 3 § 574.

¹⁷⁾ L. 1 §§ 12 e 13 D. *si quid in fraud. patroni*. — BOEHMER, l. c. e SCHMIDT, l. c. veramente vogliono concedere questa scelta al convenuto soltanto quando

^{k)} Cfr. su queste azioni FRANCKE, op. cit. §§ 40-41; MÜHLENBRUCH, § 1142g.

2) Le azioni sono semplicemente personali, tuttavia perpetue che estinguonsi soltanto in trent'anni ¹⁸⁾.

Concordano nulladimeno con le querele in ciò che esse sono un mezzo giuridico solamente sussidiario ¹⁹⁾ e dirigonsi soltanto alla legittima ²⁰⁾. Vengon meno tuttavia quando la cosa alienata non esiste più ²¹⁾. Soltanto il *commodum* non deve aver cessato di possederla *dolose*. Altrimenti ha luogo contro di lui l'*iuramentum in litem* ²²⁾. CUJACIO ²³⁾, CRELL ²⁴⁾ e HOMMEL ²⁵⁾ voglion tuttavia porre in dubbio l'uso di quest'azione, in parte perchè le leggi neppur qui intendono di parificare il padre ad un patrono per concedere a lui queste azioni ²⁶⁾; in parte perchè tali inofficiose alienazioni in sostanza approdano a tale prodigalità o donazione fra vivi, per le quali agli eredi necessari già compete la *querela inofficiosae donationis*. Per quanto questi argomenti siano in sè stessi importanti, nulladimeno a giustificazione delle azioni quasi calvisiana e quasi faviana concesse in pratica ai figli, si potrebbe in contrario obiettare che l'uso delle medesime non è in alcun modo abolito, se pure le leggi tolgono questi mezzi giuridici al padre nella misura in cui spettavano al patrono, poichè le leggi le accordano espressamente agli impuberi arrogati a causa della quarta loro spettante e tali mezzi giuridici sono più vantaggiosi che quelle querele in ciò che estinguonsi solo dopo trent'anni. Senza pensare che, come BRUNNEMANN ²⁷⁾ special-

è in *bona fide*. Ma le leggi citate non fanno distinzione. Vedi MEIER, *Colleg. Argentorat.* lib. XXXVIII tit. 5 § 7 n. VI, e POTHIER, *Pandect. Justinian.* tom. II *si quid in fraud. patroni* n. IV pag. 625.

18) L. 1 § 26, L. 3 § 1 D. *eodem*.

19) L. 1 § 19 D. *si quid in fraud. patr.*, L. 16 pr. e § 2 D. *de iure patroni*.

20) L. 1 §§ 11 e 21 D. *si quid in fraud. patroni*, L. 1 Cod. *eodem*.

21) L. 10 D. *eodem*.

22) L. 5 § 1 D. *eodem*.

23) *Tract. I ad African.*

24) *Dissert. utrum liberi actione quasi calvisiana venditiones parentum inofficiosas revocare possint* (Vitemb. 1739).

25) *Rhapsod. quaestion. for.*, vol. V obs. 602 n. 6 pag. 18.

26) L. 2 D. *si a parente quis manumiss. sit. Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei delur; quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.*

27) *Comentar. ad L. 2 D. si a parente quis manumiss.*

mente ricorda, anche riguardo al padre la cosa sembra essersi cambiata mediante il più recente diritto romano, dopochè gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO accordarono anche ai genitori la *querela inofficiosae donationis* ²⁸⁾. Se pertanto i figli non potevano più con donazioni tra vivi danneggiare la legittima dei genitori, il motivo pel quale GAIO ²⁹⁾ nega al padre l'azione calvisiana *quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem* non può più servire come riparo per sottrarre dolosamente la legittima ai genitori con ouerose donazioni tra vivi.

Del resto, è pure da osservare in generale:

1) che nei mezzi giuridici sin qui spiegati vien presupposta una diminuzione effettivamente avvenuta del patrimonio del relinquirente a danno della legittima degli eredi necessari. Quando perciò il relinquirente avesse soltanto trascurato di acquistare qualche cosa, per esempio, ha ripudiato un'eredità a lui deferita o un ragguardevole legato, posto anche che ciò sia stato fatto per danneggiare i suoi eredi necessari, non hanno luogo quelle azioni ³⁰⁾.

2) Che queste azioni passano anche agli eredi ³¹⁾.

§ 551.

Diseredazione e preterizione degli eredi necessari, suoi effetti, mezzi giuridici introdotti contro di ciò. Che cosa è un testamentum inofficiosum?

L'ultimo e importantissimo caso che ci resta a trattare, è

IV. quello che gli eredi necessari siano stati diseredati o preteriti nel testamento del defunto, che era obbligato a lasciar loro la

²⁸⁾ L. 4 C. *de inoff. donat.*

²⁹⁾ L. 2 cit. D. *si a parente quis manumiss.*

³⁰⁾ Arg. L. 2, 3, 4, 7 e 8 C. *de inoff. donat.*; L. un. C. *de inoff. dot.*; L. 1 § 6 D. *si quid in fraud. patroni*. — PÜTTERS, *auserlesene Rechtsfälle*, vol. 3 parte 1 resp. CCLIX. — SCHMIDTS, *theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen*, parte 3 § 570 pag. 43

³¹⁾ L. 1 § 26 D. *si quid in fraud. patroni*.

legittima. Per determinare quale mezzo giuridico spetta in questo caso agli eredi necessari, deve esser premesso l'indispensabile intorno agli effetti della diseredazione e preterizione ³²⁾. Per diseredazione intendosi in stretto senso la espressa dichiarazione del defunto, fatta in un testamento e nella debita forma, che colui cui diversamente sarebbe spettata la legittima, non debba essere erede ¹⁾.

³²⁾ *Iac. van de POIL, de exheredatione et praeterit. Rom. atque hod. lib. sing.* (Ultrajecti 1712, 4). — *Jos. FINESTRES, Praelection. Cervariens s. Commentar. academ. ad tit. Pand. de liberis et patronis hereditus instit. vel exhered.* (Cervariae 1750, 4). — *De la LANDE, Comm. ad tit. Cod. de liberis praeterit. vel exheredat.* (in MEERMANNI, *Thes. iur. civ. et canon.* tom. IV pag. 400). — *Io. Nic. SCHDELL (WEBER), Diss. de eo, quod circa materiam exheredationis et praeteritionis Novella 115 c. 3 mutatum est* (Giessae 1725). — *Car. Christ. HOFACKER, Diss. sistens historiam iuris civ. de exheredatione et praeteritione ad interpretationem, Novella 115 c. 4 (de lib. praet.* (Tubingae 1782, 4), e *Fried. Christ. BOOCK, Systemat. Entwicklung der Lehre von der Enterbung nach röm. Justin. Recht* (Schleswig 1799, 8).

¹⁾ L'istituto della diseredazione conservato in taluni moderni Codici, anche italiani, è scomparso dal Codice vigente. Giova risalire ai lavori preparatori del medesimo che sono anche qui il miglior sussidio per comprendere le ragioni di tale innovazione.

Ecco come esprime la Relazione senatoria: « Diremo da ultimo di un'importantissima innovazione al sistema della più parte dei Codici italiani recata dal progetto, ed è questa l'eliminazione della facoltà di diseredare seguendo l'esempio del Codice francese. Sarà egli giusto e bene avvisato l'ostracismo dato dal progetto alla diseredazione? La nostra Commissione chiamò a severa disquisizione il problema, e pronunciossi per la soluzione affermativa movendo da' seguenti riflessi. Fu considerato in primo luogo che la diseredazione, mutuata dal diritto romano, persino nei rigori e nelle esagerazioni dei principii della patria potestà, ebbe a subire taluni temperamenti intesi a restringere lo sconfinato arbitrio della severa condanna. Egli è noto difatti, che nel diritto antigiustiniano l'esercizio del diritto di diseredare imponeva l'obbligo al testatore di diseredare *nominatim*, e dichiarando i motivi determinanti; senza di che il testamento era considerato irrito e di niun vigore. Dipoi GIUSTINIANO colla Novella 115 ebbe cura di definire legislativamente le cause legittime della diseredazione. Di qua è palese che il potere della diseredazione ispirava diffidenze e sospetti anche ai dì del più esagerato culto della patria potestà. Fu considerato inoltre che, avendo il legislatore elevato a cause d'indegnità le principali cause della diseredazione, questa verrebbe a perdere di conseguenza la sua efficacia e la sua ragion d'essere; sicchè, mantenendola per avventura, non si farebbe che sostituire al potere impersonale della legge il potere armato del padre di famiglia, cui meglio si addice il pietoso ufficio del perdonare ai traviati, anzichè il potere di notare d'infamia la prole ed il nome suo. E da ultimo, interrogando lo stato dei costumi appo noi e gl'insegnamenti dell'esperienza, si venne a concludere che questo potere odioso mal risponde alle esigenze della pubblica opinione, sicchè gli annali giudiziari attestano la rarità dei casi e dei giudizi di tal natura ».

Tale diseredazione ha luogo

1) soltanto per gli eredi necessari. Talora nelle leggi romane l'espressione *exheredare* vien adoperata anche per gli eredi volontari, che sono stati istituiti nel testamento e che tuttavia in un dato caso debbono essere diseredati ³³⁾. Ma ciò avviene in un senso del tutto improprio ³⁴⁾,

2) è una esclusione dall'intera eredità. Secondo il più antico diritto romano non si aveva riguardo se erasi del tutto escluso l'erede necessario o non gli si era lasciata intieramente la sua legittima. Nell'un caso come nell'altro poteva esser promossa l'azione d' inofficiosità, come hanno mostrato *Walk. RANCHINUS* ³⁵⁾ e *Ant. SCHULTING* ³⁶⁾. Infatti dovevasi lasciare pienamente la legittima all'erede necessario se volevasi in tutto assicurare il proprio testamento contro la que-

³³⁾ Si veda, per esempio, L. 44 D. *de heredib. instit.*: L. 27 D. *ad leg. Falcid.* [35, 2]; L. 41 § 8 D. *de legat.* III (32).

³⁴⁾ Un esempio ce lo offre l'antica formola di crezione in *ULPIAN., Fragm.* tit. XXII § 27: *Titius heres esto, cernitogue in diebus centum proximis, quibus scieris, poterisque; nisi ita creveris, exheres esto.*

³⁵⁾ *Variar. Lection.* lib. III cap. 6 (in *Ev. OTTONIS, Thes. iur. Rom.*, tom. V pag. 954).

³⁶⁾ *Ad. Jul. PAULI, Sentent. Recept.*, lib. IV tit. V § 7 nota 21 in *Jurisprud. Anteiustin.* pag. 398.

Racc. lav. prepar., I pag. 317. Ed il *PISANELLI* col suo usato criterio pratico colpiva il vero punto della questione osservando che la diseredazione era stata introdotta nel diritto romano a favore dei figli e discendenti, non a loro danno. Che, mitigati i costumi, si era voluto porre un freno alla illimitata libertà di testare in pregiudizio dei propri eredi del sangue. Che invece nei moderni codici erasi trasformata in un istituto a danno di questi. Che nelle cause d'indegnità è la legge che pronunzia l'esclusione del colpevole, lasciando tuttavia al testatore la facoltà di perdonare o di riabilitare alla successione. *Racc. cit.*, I pagine 82-83.

Invero, ricercando i nostri antichi trattatisti e la giurisprudenza dei secoli scorsi, vedesi come l'istituto della diseredazione avesse assunto proporzioni sconosciute al diritto romano. Si riteneva che le cause da questo indicate, « secondo l'opinione più vera e più ricevuta », non fossero accennate tassativamente, ma dimostrativamente; sicchè, quando occorressero degli altri casi simili d'ingratitude in maniera che vi entrasse la stessa ragione, avesse luogo la medesima facoltà di diseredare. *DE LUCA, Dott. voly.*, lib. IX c. 2 n. 2.

Alludendo all'abolizione del diritto di diseredare, scrive a ragione il *BORSANI, Comm. al Cod. civ.*, § 1723, che vi è tanta filosofia ed umanità e tanta armonia di propositi nelle citate considerazioni della Commissione legislativa « che si possono lasciar dire quelli che ancora rimpiangono l'antico rigore ».

rela ³⁷⁾, o se credevasi che quello che gli si lasciava a titolo di legittima, non fosse sufficiente, era necessario dichiarare almeno espressamente nel testamento che la parte mancante dovesse esser completata *boni viri arbitratu*. In questo caso già prima di GIUSTINIANO veniva meno la querela e l'erede necessario poteva agire soltanto pel supplemento della legittima, quando questa non fosse completa in base allo stato della massa ereditaria ³⁸⁾. Già sopra a pag. 463 (pag. 145 vol. VII del testo tedesco) di mostrare come GIUSTINIANO abbia mutato tutto ciò. Secondo il più recente diritto romano pertanto un erede necessario è da ritenere come diseredato soltanto allora che sia completamente escluso dalla eredità. Se egli è stato istituito, sia pure in una parte così piccola della eredità che nemmeno costituisce la legittima, il testamento non può essere impugnato come inofficioso, ma si può agire pel supplemento della legittima, sia che il testatore abbia espressamente detto che la legittima debba essere completata, sia che non l'abbia detto. Vedi più sopra a pag. 463 num. 3 (pag. 145 vol. VII del testo tedesco).

3) La diseredazione è un'espressa esclusione dell'erede necessario; ma non si ha riguardo qui a determinate parole e formole con cui essa sia stata fatta. Queste sono state abolite da una costituzione dell'imperatore COSTANZIO ³⁹⁾, che vale non soltanto per la istituzione in erede, ma anche per la diseredazione. Quindi dice GIUSTINIANO ⁴⁰⁾ che quando taluno avesse escluso il proprio figlio dalla successione nel seguente modo: *filius meus alienus meae substantiae fiat* cioè costituirebbe una vera diseredazione ⁴¹⁾. Si richiede insomma che la cosa stessa (cioè che la persona alla quale io avrei dovuto lasciare la legittima non debba essere erede) sia realmente

37) L. 8 §§ 8 e 9 D. h. t., L. 2 Cod. gregor. eod., LL. 30 e 31 C. eodem. — Jan. e COSTA in *Comm. ad § 3 I. de inoff. testam.*

38) L. 4 C. Theod. de inoff. testam.

39) L. 15 C. de testam. Vedi WESTPHALS *Theorie des R. R. von Testamenten* § 227 seg.

40) L. 3 C. de liber. praeterit.

41) Le leggi adoperano pure diverse altre espressioni per indicare la diseredazione, come, per esempio, *a successione excludi*. L. 19 C. de inoff. testam. ab hereditate repellit; L. 33 § 1 C. eodem a rebus testatoris alienari, Novella 115 c. 4 pr.

espressa nel testamento con qualsivoglia locuzione. È quindi da ravvisare una diseredazione nel caso che il testatore abbia detto nel suo testamento: io trascurò mio figlio, ovvero non gli lascio niente, ovvero non ho voluto appositamente ricordare mio figlio o anche non voglio pensare a lui, lo considero come morto e simili ⁴²⁾.

4) La diseredazione è una dichiarazione di volontà del defunto fatta nel testamento; non può farsi in un codicillo ⁴³⁾. Quindi nelle leggi vien considerata come una prova che il defunto non ha voluto fare un codicillo, ma un testamento, quando siavi contenuta una diseredazione ⁴⁴⁾. Finalmento

5) la esclusione, che deve essere equivalente ad una diseredazione, ha da esser fatta nelle debite forme. Altrimenti si considera come una preterizione.

Per preterizione o trascuranza di un erede necessario intendesi una disposizione testamentaria per la quale un erede necessario non è stato legittimamente istituito, nè diseredato nei modi opportuni ⁴⁵⁾. Non richiedesi perciò un completo silenzio, ma può anche esser preterito un erede necessario di cui pure facciasi menzione nel testamento, cioè:

1) quando egli non sia stato legittimamente diseredato; per esempio, la diseredazione è stata fatta sotto condizione ⁴⁶⁾.

2) Quando non sia stato convenientemente istituito. A ciò riferiscesi il caso

1) che la legittima sia stata lasciata a figli o genitori *titolo singulari* senza istituirli eredi.

⁴²⁾ Vedi HÖPFNERS, *Commentar über die heinecc. Institution*, § 474. — EMMINGHAUS *ad Coccejum* h. t. tit. 5 nota z.

⁴³⁾ § 2 *I. de Codicill.* L. 2 C. *eodem.* — FINESTRES, *Praelect. cit.* P. IV cap. II § 2.

⁴⁴⁾ L. 14 C. *de testam.*

⁴⁵⁾ GIUSTINIANO dice nel § 12 *I. de hereditatib. quae ab int. def.:* *Liberi testamento patris praeteriti sunt, qui neque heredes instituti, neque, ut oportet, exheredati sunt.* Si veda qui specialmente FINESTRES in *Praelect. Cervar. cit.* P. II cap. 1 § 2, e *Frid. Aug. WEICHEL, Diss. de praeteritione iusta adiecta causa* (Gissae 1797), di cui è autore il signor cancelliere KOCI. Vedi del medesimo *Bonorum possessio* pag. 134.

⁴⁶⁾ L. 68 in fine D. *de heredib. instit.*, L. 18 D. *de bon. poss. contra tabulas.*

2) Quando i figli che erano ancora sotto la patria potestà del testatore sono stati istituiti sotto una condizione fisicamente o moralmente impossibile ⁴⁷⁾; ovvero

3) quando il padre ha ricordato tali figli soltanto in una condizione. Per esempio, in caso che il padre nel suo testamento avesse detto: se mio figlio muore prima di me, Caio deve essere mio erede, il figlio, secondo che dice POMPONIO ⁴⁸⁾ è da ritenere come preterito. Parecchi giureconsulti ⁴⁹⁾ vogliono ritenere veramente questo principio come una semplice conseguenza dell'antico sistema formulare romano, e siccome esso già nel più recente diritto romano era stato abolito, dubitano dell'odierna applicabilità di quello. Ma altri, in contrario, hanno mostrato che quel principio giuridico è fondato nella natura stessa della cosa ed è pienamente conforme alle regole del diritto civile. *Non enim conditio quicumque ponit aut definit circa ea, dice il VOET, quae conditione continentur, adeoque nec ius ullum attribuit personis, quae in conditione positae sunt, sed tantum suspendit actum illum, cui apponitur* ⁵⁰⁾. Su questo principio fondamentale riposa una quantità di decisioni del diritto romano, le quali oggidì sarebbero inutili, se ora si volesse rigettare quel principio come una conseguenza dell'antico diritto formulare romano ⁵¹⁾. A ragione affer-

⁴⁷⁾ L. 15 D. *de cond. instit.* Ciò che è a dire in diritto riguardo ad una possibile condizione è già stato esposto sopra, pag. 73 del testo tedesco.

⁴⁸⁾ L. 16 § 1 in fine D. *de vulg. et pupill. substit.*: *Si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, si vivo se filius deceat, potest dici non rumpi superius testamentum; quia secundum non valet, in quo filius PRAETERITUS sit.*

⁴⁹⁾ WAHL, *Diss. de iusta liberos heredes instituendi forma*, §§ 18 e 25. — Phil. Jac. HEISLER, *Diss. de liberis positis in conditione, comprehensis etiam in dispositione* (Halae 1754), § 18. — HÖPFNER, *Commentar über die heinecc. Institutionen* § 474 nota 4.

⁵⁰⁾ VOET, *Commentar ad Pand.* tom. II lib. XXVIII tit. 2 § 9. — Ant. FABRO, *Coniectur. iur. civ.*, lib. IX c. 10, e lib. XVII capitoli 17 e 18. — Lo stesso, *de Errorib. Pragmaticor.*, decad. XXVI err. 1 seg. — DUARENUS, *ad tit. Dig. de conditionib. institution.*, cap. 5. — PEREZ, *Praelection. ad Cod.* lib. VI tit. 25 n. 13, e specialmente FINESTRES in *Praelect. Cervariens. cit. parte II cap. I § 6 seg. pag. 33 seg.*

⁵¹⁾ Vedi, per esempio, L. 8 D. *si quis omissa causa test.*; L. 19 § 1; L. 21 § 1 D. *quando dies legator.*; L. 114 § 13 D. *de legat. I* (30).

mano quindi STRYK ⁵²), HARPPRECHT ⁵³), HOFACKER ⁵¹) e KOCH ⁵⁵) che quei figli, di cui il padre ha fatto menzione nel suo testamento soltanto in una condizione, anche oggigiorno siano da considerare non come tacitamente istituiti, ma come preteriti.

Così si può giudicare se sia da ravvisare una preterizione nel caso che il padre abbia detto nel suo testamento: trascurò completamente mio figlio o non lo istituisco perchè mi ha battuto. VAN DE POLL ⁵⁶), FINESTRES ⁵⁷) e HOFACKER ⁵⁸) non vogliono ritenere questa dichiarazione come una valida diseredazione, ma come una preterizione. Il contrario insegnano non ostante a ragione FACHINAEUS ⁵⁹), BACHOV ⁶⁰), GOMEZ ⁶¹), COCCEJI ⁶²) e HOEPFNER ⁶³). Non si ha riguardo qui all'espressione trascurare, ma all'indole della cosa. Ora non si può dubitare con fondamento che quell'ultima dichiarazione del padre sia da ritenersi come un'espressa esclusione.

Come poco, del resto, contraddice alla natura della preterizione che il preterito sia stato, malgrado ciò, ricordato nel testamento, così si può supporre senza contraddizione che la preterizione possa esser fatta adducendo una giusta cagione senza nominar tuttavia l'erede necessario stesso. Per esempio, una madre che ha un figlio e due figlie, istituisce unico erede il figlio con l'aggiunta: « poichè egli fu l'unico che s'interessava di me durante la mia imbecillità » ⁶¹).

⁵²) *Cautel. testamentor.* cap. XVI § 3.

⁵³) *Diss. de tacita heredis institutione*, n. 5 seg. in *cuius Dissertation academ.* vol. I diss. XXXVII pag. 1369 seg.

⁵¹) *Princip. iur. civ.*, tom. II § 1286 nota a.

⁵⁵) *Diss. cit.* § 3 seg.

⁵⁶) *Diss. cit.* cap. XIX § 11.

⁵⁷) *Praelect. Cervar.*, parte II cap. 1 § 10 seg.

⁵⁸) *Diss. cit.* § 22.

⁵⁹) *Controvers. iuris*, lib. VI cap. 77.

⁶⁰) *Ad. TREUTLERUM*, vol. II disp. XI th. 1 let. B.

⁶¹) *Var. Resolut.*, tom. I cap. XI n. 1 in fine.

⁶²) *Iur. civ. controv. h. t.* qu. 5 obs. 2. Si veda qui anche EMMINGHAUS *ad Eundem* nota z.

⁶³) *Commentar* § 474 pag. 519.

⁶¹) Merita qui di essere specialmente confrontata la sopra citata fondamentale dissertazione scritta sotto il nome di WEICHEL dal signor cancelliere KOCH, *de praeteritione iusta adiecta causa*.

Io torno di nuovo alla diseredazione. È fatta, cioè,

1) per punizione del diseredato a causa della sua cattiva condotta verso il testatore. Questa è la diseredazione nel vero e proprio senso, la quale è chiamata *exhereditatio odiosa, exhereditatio notae causa, malaque mente facta*. O è fatta

2) a vantaggio del diseredato con l'intenzione di conservargli il suo patrimonio, i suoi mezzi di sussistenza, il suo benessere. Questa è la diseredazione a buon fine, *exhereditatio bona mente facta*, della quale ULPIANO⁶⁵⁾ dice: *multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant*.

Quella esclusione di un erede necessario, avvenga per odio o in buona intenzione, suppone, affinché sia valida, un legittimo motivo⁶⁶⁾. Le cause della diseredazione, la quale

A) è fatta in pena del diseredato non erano un tempo determinate. Tutto era rilasciato all'arbitrio dei giudici centumvirali, che giudicavano specialmente intorno a controversie ereditarie⁶⁷⁾, quando la questione era appunto se il diseredato avesse meritato la diseredazione. Non di rado anche gli imperatori decidevano la controversia per mezzo di rescritti. Perciò trovansi nel codice giustiniano parecchie costituzioni nelle quali vengon confermate come eque talune cause di diseredazione⁶⁸⁾, altre invece respinte come inique^{69) m)}. Ma GIUSTINIANO non ritenne buon consiglio rilasciare una cosa di tanta importanza al solo criterio dei giudici. Stabili

⁶⁵⁾ L. 18 D. *de liber. et postum*.

⁶⁶⁾ Già PAOLO dice, L. 7 pr. D. *de bonis damnator.*: *Liberos, ne iudicio quidem parentis, nisi meritis de causis summoverti ab eius successione poss.*

⁶⁷⁾ PAULUS, *Sent. Rec.* lib. V tit. 16 § 2; LL. 13 e 17 D. *de inoff. testam.*; L. ult. C. *de liber. praeter.* — CICERO in *Verr. Orat.* I cap. 42. — QUINCTILIANI, *Institut. Orator.* lib. V c. 2, e lib. VII c. 4. — PLINIUS, lib. VI epist. 33.

⁶⁸⁾ L. 11, L. 19 C. h. t.

⁶⁹⁾ L. 18, L. 20, L. 33 § 1 C. *codem*.

m) Cfr. egregiamente sulla storica formazione dell'istituto della diseredazione nel diritto romano KOEPPEN, *System des heutig. röm. Erbrechts*, pag. 96 seg. L'editto del pretore in questo argomento accolse ed accrebbe l'avversione già propria del diritto civile contro le arbitrarie diseredazioni che aveva cercato di circondare di formalità e di limiti (ivi pag. 101). GIUSTINIANO rappresenta qui pure il trionfo di una secolare tendenza della giurisprudenza romana.

quindi nella Novella 115 cap. 3 e 4 talune cause di diseredazione, ma soltanto riguardo ai discendenti e agli ascendenti. Si afferma d'ordinario che il simile fosse già avvenuto per i fratelli e le sorelle nella Novella 22 cap. 47⁷⁰⁾, alla quale opinione fra i moderni giureconsulti aderiscono specialmente BAUER⁷¹⁾, WESTPHAL⁷²⁾ e MALBLANK⁷³⁾. Ma in contrario è già stato fondatamente ricordato da altri giureconsulti⁷⁴⁾ come nella citata Novella non si faccia parola di diseredazione, che presuppone un testamento, ma solo in quali casi un fratello ingrato debba subir la perdita della successione legittima⁷⁵⁾. Ora non vi è alcun dubbio che quando al fratello preterito sia preferita nel testamento una turpe persona, quegli difficilmente potrebbe ottenere qualche cosa con l'azione d'innocuità ove l'erede istituito fosse in istato di provare che ricorre una delle cause di esclusione indicate nella Novella 22. Ma da ciò non si può concludere che fratelli e sorelle in caso che spetti loro una legittima non possano, per alcun'altra causa, attirarsi una giusta diseredazione od esclusione dal testamento che per quelle in virtù delle quali le leggi a causa d'ingratitude li escludono dalla successione intestata. Quanto poco valga la conclusione dalla indegnità alla suc-

70) FRANTZKIUS in *Comm. ad Pand. h. t. n.* 76. — LAUTERBACH, *Colleg. Pand. th. pract. h. t.* § 15. — VOET, *Comm. ad Dig. h. t.* § 24. — *Luc. van de POLL*, lib. cit. cap. 64 § 1. — WESTENBERG, *Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t.* § 39.

71) *Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis* (Lipsiae 1731), § 18.

72) *Theorie des R. R. von Testamenten* § 607.

73) *Princip. iur. Rom. sec. ord. Digestor.*, parte II sect. ult. § 700 pag. 858.

74) COCCEJI, *ius civ. controuv. h. t. qu.* 9. — EMMINGHAUS *ad Eundem*, nota 1 tom. I pag. 446. — *Lud. God. MADIHN*, *Princip. iur. Rom. de successioib.* § 140. — HOFACKER in *Diss. sist. historiam iur. civ. de exheredat. et praelevit.* § 31, e specialmente in *Princip. iur. civ.*, tom. II § 1694. — HÖPFNER, *Commentar über die heinecc. Institutionen* § 477, e BOOK, *Syst. Entwickel. der Lehre von der Enterbung*, § 11.

75) Le parole nel principio della Novella 22 cap. 47, secondo la versione di HOMBERGK, dicono così: *Quoniam aulem fratribus nullas iudicem contentiones esse scimus, eum solum ut ingratum erga fratrem in partem huius lucri venire non permitimus, qui vel vitae fratris insidiatus est, vel criminis reum postularit, vel ut bonis eum privaret, operum dedit.* Non voglio qui occuparmi affatto se l'ordine successorio determinato in questa Novella sia stato modificato mediante la Novella 118.

cessione intestata alla diseredazione nel testamento, vedesi già da questo che tra le cause indicate nella Novella 115 cap. 3 e 4 per le quali i discendenti e gli ascendenti possono venir diseredati, soltanto poche son legalmente indicate, le quali in pari tempo, dal caso infuori di una già avvenuta diseredazione, escludano dalla successione legittima. Nel fatto starebbero troppo bene i fratelli e le sorelle se non potessero esser diseredati o preteriti per verune altre cause che per quelle in virtù delle quali doventano indegni della successione legittima. Ohi potrebbe credere tuttavia che GIUSTINIANO per questi avesse lasciato ricorrere tre cause, dal momento che ne ha determinate quattordici per diseredare i discendenti, otto gli ascendenti? Apparisce chiaro che la libertà riguardo alle disposizioni di ultima volontà tanto meno possa esser ristretta quanto più forte è il vincolo dell'affetto che lega il testatore all'erede. Ancor meno è da credere che GIUSTINIANO dovesse avere stabilito le cause di diseredazione e preterizione prima per i fratelli e le sorelle che per i genitori senza dirne una parola nella Novella 115. Da tutto questo apparisce chiaro come riguardo ai fratelli e alle sorelle sia rimasto inalterato l'antico diritto che rilascia al criterio del giudice il valutare le cause di diseredazione ⁷⁶⁾. È del tutto inesatto invece ciò che affermano COCCEJI ⁷⁷⁾ e FUCHS ⁷⁸⁾ che, cioè, in caso sia stata istituita una *turpis persona*, la esclusione dei fratelli e delle sorelle non possa essere giustificata da alcuna causa. Infatti la *querela inofficiosi* da promuoversi da loro, fondasi essenzialmente in una immeritata esclusione; deve quindi aver luogo anche la eccezione di una giusta causa, come WEBER ⁷⁹⁾ molto fondatamente ricorda in contrario.

Per quanto riguarda pertanto le cause di diseredazione stabilite da GIUSTINIANO nella Novella 15 cap. 3 e 4, l'imperatore nel determinarle secondo il diverso rapporto dei discendenti e degli ascendenti fra loro, ha fatto pure una distinzione fra i medesimi e naturalmente ha fissato più cause di diseredazione pei discendenti che

⁷⁶⁾ In ciò concorda anche THIBAUT nel *System des Pandectenrechts* parte 2 § 916.

⁷⁷⁾ *Ius civ. contror. h. t. qu.* 10.

⁷⁸⁾ *Diss. de impugnatione testamenti fraterni* (Frfti 1692).

⁷⁹⁾ Su HÖPFNERS, *Commentar* § 477 nota 4.

per gli ascendenti. Avendo infatti i genitori minori doveri verso i figli, che questi verso quelli, che debbono onorare come autori della loro esistenza, non possono concedersi ai figli tante cause di giusta malevolenza, quante ai loro genitori.

I. Le cause per le quali i discendenti possono essere diseredati in base alla Novella 115 cap. 3, ammontano a quattordiciⁿ). Esse sono in parte

n) Secondo il nostro Codice civile indegni di succedere sono:

1.° chi ha volontariamente ucciso o tentato d'uccidere la persona della cui successione si tratta (art. 725, n. 1); si deve trattare di volontà imputabile secondo le disposizioni del Codice penale. Non entra qui dunque in considerazione l'atto non imputabile, l'atto commesso per negligenza, l'atto di legittima difesa. Non si può aver riguardo invece alle cause di scusa che l'uccisore può far valere per ottenere una diminuzione nella condanna (per esempio, alla provocazione) trattandosi pur sempre di omicidio volontario. Cfr. MERLIN, *Répert.*, voc. *Indignité*. Lo stesso è a dire dell'omicidio in duello. Al contrario non sembra che possa entrare nel disposto dell'art. 725, num. 1, l'omicidio preterintenzionale. BORSARI, *Comm. al Cod. civ.*, § 1550. Si osservi che mentre nel sistema del Codice napoleonico la prova dell'omicidio o del tentativo di omicidio deve risultare da una condanna penale (Cod. napol. art. 727, e su esso egregiamente AUBRY et RAU, *Droit civil*, VI § 593) nel sistema del Codice nostro, riguardo all'omicidio e alla indegnità trattasi di una pronuncia pregiudiziale che non solo spetta al giudice penale, ma anche al giudice civile;

2.° chi ha accusato la persona della cui eredità si tratta di reato punibile con pena criminale quando l'accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio (art. 725, num. 2).

Devesi osservare, come già fu giustamente notato (BORSARI, *Comm. al Cod. civ.*, § 1553), che la parola *accusa* ha qui un senso improprio essendo questa veramente un atto dell'autorità, e significa piuttosto in questo luogo gli atti di *denuncia* o *querela* per iniziare un giudizio. Si dovrà comprendere nel concetto dell'art. 725, n. 2, anche la falsa testimonianza? Affermativamente risponde il PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, n. 23; il BUNIVA, *op. cit.* pag. 39; negativamente il BORSARI, l. c., e il RICCI, III, n. 21. Ma secondo lo spirito dell'art. 725, n. 2, sembrami preferibile l'opinione dei primi. Certamente le parole della legge sono favorevoli all'opinione del BORSARI (cfr. in specie ivi vol. III pag. 75), ma lo spirito sembrami voler colpire nel suo effetto morale anche una falsa testimonianza. Nè è decisivo l'argomento adoperato dal RICCI che, ammettendo ciò, si farebbe un'interpretazione estensiva delle cause d'indegnità tassativamente enunciate dal legislatore, poichè, come bene osserva più sotto il GLÜCK, pag. 538, il divieto dell'interpretazione estensiva non induce quello dell'interpretazione logica della legge. Si può invece ammettere che se il successibile si constitui parte civile e sostenne così un'accusa iniziata mediante azione pubblica e che approdò tuttavia ad una dichiarazione d'innocenza, non può esser giudicato indegno di succedere;

3.° chi abbia costretto la persona del *de cuius* a far testamento od a cangiarlo (art. 725, n. 3);

4.° chi abbia impedito alla persona del *de cuius* di fare un testamento o di rivocare il già fatto o abbia soppresso, celato od alterato il testamento posteriore (articolo 725, n. 4).

In favore della libertà di testare è memorabile la L. 1 D. *si quis aliq. prohib.*, 23, 6,

a) tali che riguardano ambedue i sessi. Ad esse appartengono le seguenti

1) quando i figli trascorrono a vie di fatto verso i genitori (*si parentibus suis manus intulerint*)⁸⁰). Non ogni ingiuria reale che autorizzi pure ad un'azione e meriti giudiziale repressione, devesi già riguardare come legittima causa di diseredazione; il che merita qui specialmente di essere avvertito perchè secondo le leggi romane dànno innumerevoli casi, nei quali per vie di fatto si può diminuire l'onore degli altri⁸¹). Spettano qui soltanto quelle ingiurie reali che le leggi chiamano *atroces*, con cui si attacca la persona stessa di un altro⁸²). Esse vengono indicate nelle leggi con la espressione *manus inferre* (*επιβλάλειν χυρως*)⁸³). Sono da porre tra queste pertanto quelle vie di fatto, che a preferenza meritano il nome di un offensivo trattamento, perchè, secondo il comune modo di pensare, abbassano l'offeso agli occhi degli altri e lo espongono allo scherno, o sono da ravvisare come segni ed effetti di un alto grado di poca stima⁸⁴): come, per esempio, se un figlio maltratta i suoi genitori con

⁸⁰) Offre un Commentario su queste parole *Luc. van de POLL*, lib. cit. cap. 48.

⁸¹) Si confrontino, per esempio, L. 5, L. 13 § 7; L. 15 §§ 31, 32, 33; L. 27, L. 44 D. *de iniuriis* [47, 10]; L. 1 § 38 D. *depositi* [16, 3]; L. 53 pr. D. *de furtis* [47, 2]; L. 41 D. *ad L. Aquil.* [9, 1]. Vedi WEBER, *über Iniurien und Schmähchriften*, sez. 1 § 9 pag. 89 seg.

⁸²) L. 7 § 8; L. 9 pr. D. *de iniur.*

⁸³) L. 1 § 1 D. *de iniur.*

⁸⁴) L. 1 § 1 D. *de extraordin. criminib.* [47, 11]. WEBER, l. c. pag. 92. — FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, § 288.

con cui l'imperatore ADRIANO devolveva al fisco le eredità captate. Dallo stesso rispetto alla volontà dei testatori sono mosse queste due cause d'indegnità.

La coazione cui allude l'art. 725, n. 3, è rilasciata nella sua valutazione al prudente arbitrio del giudice, ma si dovranno prendere in considerazione i caratteri generali della violenza.

Le parole finali dell'art. 725, n. 4: *od alterato il testamento posteriore*, furono riprodotte dal Codice albertino (articoli 709, 922), dove presupponendosi che l'eredità dovesse deferirsi per testamento, l'interesse alla soppressione o al celamento o all'alterazione si verificava riguardo al testamento posteriore volendosi lasciare nel pieno vigore il precedente. Ma nel nostro Codice quelle parole non hanno un senso logico, poichè trattasi di incapacità di succedere *ab intestato*, aprendosi appunto la successione intestata. Cfr. RICCI, III, n. 23.

bastonate, sferzate, schiaffi o buffetti, oppure dimostra il suo disprezzo collo sputare addosso, col gettare acqua o con altre sporcizie. Siccome senz'animo di offendere non si può supporre un'ingiuria, s'intende da sè come una semplice imprudenza non basti, quantunque alcuni giureconsulti⁸⁵⁾ vogliano ammettere anche le ingiurie colpose senza intenzione dolosa. Nè merita diseredazione la offesa dei genitori per causa di necessaria difesa⁸⁶⁾, potendo anche i figli divenire ad una legittima necessaria difesa quando ricorrano gli speciali estremi per ciò⁸⁷⁾. Neppur la semplice minaccia col levare la mano o un bastone (*admentatio*) è sufficiente, ma richiedesi che il fatto sia compiuto⁸⁸⁾.

2) Quando i figli commettono altre gravi ingiurie verso i genitori (*si gravem et inhonestam iniuriam parentibus intulerint*). Veramente prendendo la cosa in un aspetto generale ogni offesa che i genitori ricevono dai figli è da ascriversi alle ingiurie gravi⁸⁹⁾. Ma qui, perchè si abbia la conseguenza della diseredazione, richiedesi tale offesa che prescindendo da quel vincolo costituisca già di per sè stessa una grave ingiuria⁹⁰⁾. Di questo grado di offesa che la legge presuppone per farne scaturire la diseredazione, in parte devosi giudicare in base alla cosa stessa (avendo riguardo alla qualità del fatto, dell'espressione usata o di altra sensibile manifestazione), in parte e preferibilmente nei casi che ricorrono in base alle speciali conseguenze e agli effetti di cui appunto trattasi⁹¹⁾. Tali ingiurie gravi che meritano la diseredazione son quindi da considerare soltanto le seguenti:

a) quando i figli, contro la verità, rimproverano o attri-

⁸⁵⁾ KLEIN, *peinl. Rechts*, § 213. — GROLLMANN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, § 341. Ma si veda WEBER, *über Injurien*, sez. 1 § 5, e FEUERBACH nel cit. *Lehrb.* § 274.

⁸⁶⁾ *Luc. van de POLL* cit. cap. XLVIII § 26 seg.

⁸⁷⁾ *Von QUISTORP*, *Grundsätze des peinlichen Rechts*, parte 1 § 240. — FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts* § 37.

⁸⁸⁾ MÜLLER *ad STRUVIUM*, *Exercit.* XXXII th. 33 nota p. — STRYCK, *Caut. testamentor.* cap. XIX § 25.

⁸⁹⁾ § 8 I. *de iniur.* L. 7 § 8 D. *cod.*

⁹⁰⁾ WEBER, *über Injurien* sez. 1 § 13 pag. 213.

⁹¹⁾ WEBER, sez. 1 § 13 pag. 213 seg.

buiscono ai genitori azioni disonorevoli, vizi e delitti ⁹²⁾, se il rimprovero sia fondato sul vero, si ha riguardo alla forma e al modo in cui fu detta la cosa. Se ciò avvenne in tali circostanze che, considerando l'atto esterno in sè stesso, lo presentano come illegittimo e indubbiamente pongono in luce la intenzione di offendere i genitori, la verità della colpevolezza di questi non toglie loro il diritto di diseredare tali figli ⁹³⁾. Invece nella totale mancanza di animo di offendere, l'essere stato attribuito un delitto commesso, quando ciò avvenne, per esempio, soltanto *animo monendi* e affine di allontanare per l'avvenire il padre e la madre da tali malvagie azioni, non può considerarsi in alcun modo come ingiuria ⁹⁴⁾. Non si ha, del resto, alcun riguardo se il rimprovero avvenne in pubblico o segretamente ⁹⁵⁾.

β) Quando i figli attaccano i genitori con tali parole ingiuriose e insultanti che alludono a veri delitti e disonorevoli azioni, come, per esempio, birbante, mariuolo, ladro, o anche accennano a ciò che si usa indicare come *levis notae macula*, per esempio, boia, ovvero tali, che pur non avendo alcun preciso significato, come, per esempio, briccone, canaglia, furfante, valgono nella vita usuale come contrassegni comunemente accolti di un totale dispregio o scherno. Del pari le palesi immoralità, che, secondo il modo comune di pensare, i costumi, gli usi sono riconosciute universalmente come offese all'onore, vengono comprese senza dubbio sotto la espressione di *inhonesta iniuria*, e non solo danno fondamento ad un'azione per ingiurie ⁹⁶⁾, ma autorizzano pure i genitori a diseredare i figli loro. Alle ingiurie gravi, che la seconda causa di diseredazione comprende, appartengono finalmente

γ) anche in modo speciale le così dette caricature ⁹⁷⁾, i di-

⁹²⁾ WEBER, l. c. § 10 pag. 118.

⁹³⁾ *Luc. van de POLL*, lib. cit. cap. XLIX § 19. — WEBER, sez. 1 pag. 183.

⁹⁴⁾ *Luc. van de POLL*, l. c. § 18.

⁹⁵⁾ *Luc. van de POLL*, l. c. § 12. Di altra opinione sono veramente HUBER, *Praelect. ad Institut.* lib. IV tit. 4 § 3, e BÖHMER in *Iure Dig. tit. de iniur.* § 4. Ma si veda L. 15 §§ 12 e 21 *D. de iniur.*, e WEBER, § 10 pag. 121 nota 13.

⁹⁶⁾ L. 15 § 2 seg. *D. de iniur.* WEBER, § 10 pag. 149 seg.

⁹⁷⁾ WEBER, § 13 pag. 213 seg.

segni offensivi ed altre simili ingiurie simboliche e segni per quali taluno viene indebitamente beffeggiato e leso nel suo buon nome⁹⁸). Appare da ciò che errano coloro⁹⁹), i quali spiegano questa seconda causa di diseredazione come relativa soltanto ad ingiurie verbali. GIUSTINIANO adopera l'espressione «ῥρη; con cui vien indicata ogni offesa all'onore, ogni manifestazione a parole o con atti, la quale contenga in sè la espressione di un positivo disprezzo¹⁰⁰); e l'aggiunta qualificazione *gratis et inhonesta iniuria* che non deve essere alcun pleonasma, mostra chiaramente che qui non deve bastare ogni ingiuria verso i genitori, sebbene guardata sotto un aspetto generale sia sempre *atrox*; ma che la suddetta limitazione sia conforme allo intendimento del legislatore¹). Sorgono qui due altre questioni giuridiche molto controverse.

La prima è: il padre può diseredare un figlio anche per un'ingiuria arrecata alla madre se pure l'offesa non lo riguarda personalmente e viceversa? Non si fa questione in tal caso di una tale ingiuria mediata che pel suo contenuto comprende in pari tempo l'offesa all'onore di un terzo oltre il subietto immediatamente offeso²). Infatti tutti i giureconsulti sono concordi in ciò che quando l'ingiuria arrecata ad uno dei genitori è tale che pel suo contenuto produce in pari tempo un'ingiuria grave riguardo all'altro, per tale mediata ingiuria abbia luogo una diseredazione, se anche l'ingiuria

⁹⁸) Delle così dette ingiurie simboliche tratta WEBER, sez. I pag. 156 seg. Non tutte le ingiurie di questo genere son da ritenere come gravi. Vedi WEBER, § 13 nota 5 pag. 210, per esempio, la così detta admentazione, ossia la minaccia con l'alzare la mano o il bastone appartiene alle ingiurie simboliche. Vedi WEBER § 10 nota 51 pag. 159. Ma può essere ritenuto come ingiuria grave per l'effetto della diseredazione soltanto nel caso di cui parla la L. 15 § 1 D. *de iniur.*, cioè *si filius levatis manibus saepe deterruit parentem, quasi vapularum*. Vedi de POLL, cit. cap. § 11.

⁹⁹) Per esempio, VOET in *Comm. h. t.* § 28. — MÜLLER *ad STRUVIUM*, exerc. 32 th. 33 nota β n. 2. — STRYCK, *Caut. testam.* cap. 19 § 26. — HÖPFNER in *Commentar* § 478 n. 1.

¹⁰⁰) Vedi THEOPHILI, *Paraphr. graec. ad pr.* e § 1 I. *de iniur.* Una semplice ingiuria verbale dicesi *λοιδωρία*. Si confronti *van de POLL*, cit. cap. XLIX § 7.

¹) WEBER, *über Injurien* sez. 1 § 13 nota 9 pag. 213.

²) Vedi WEBER, pag. 194, e FEUERBACH, *Lehrbuch des peinl. Rechts* § 291.

sia stata arrecata soltanto al patrigno o alla matrigna del figlio ³⁾. Ma qui trattasi di tale mediata ingiuria nello stretto senso, che semplicemente per la sua natura consiste in questo che l'offesa arrecata all'un genitore, sebbene considerata in sè stessa non riguardi personalmente l'altro genitore, soltanto per lo stretto vincolo che forma il matrimonio, è un'ingiuria anche per lui. Una tal mediata ingiuria può autorizzare alla diseredazione? Molti giureconsulti ⁴⁾ lo affermano ed eccettuano soltanto il caso che l'ascendente immediatamente offeso del figlio sia la matrigna. Ma quest'opinione non si può opportunamente difendere. Veramente non si può negare che le leggi autorizzano il marito a perseguire giudizialmente in proprio nome l'offesa fatta alla sua consorte come se fosse un'ingiuria arrecata a lui stesso ⁵⁾. Ma è diversa la questione se perciò possa farsi luogo ad una diseredazione. Io non lo credo perchè in primo luogo la Novella 115 cap. 3 non ne parla. Se pure nel § 1 è fatta menzione dei *parentes*, GIUSTINIANO con ciò volle soltanto dimostrare che ambedue i genitori per le ingiurie loro arrecate dai figli hanno un egual diritto di diseredarli. In secondo luogo dall'azione d'ingiuria non si può trarre una conclusione valida per la diseredazione. Altrimenti anche il padre per la ingiuria arrecata alla matrigna dovrebbe poter diseredare il figlio, il che non affermano neppure i citati giureconsulti. In terzo luogo le leggi accordano soltanto al marito il diritto di agire in proprio nome per l'ingiuria arrecata alla sua consorte. Invece la moglie non può agire quando suo marito ha sofferto un'ingiuria ⁶⁾. È chiaro pertanto che quel diritto fondavasi nell'ampia potestà che il marito aveva sulla moglie presso i Romani. Siccome quella presso di noi è molto più ristretta, così si può assai dubitare se oggigiorno per un'offesa recata alla moglie, il marito

³⁾ Vedi *van de POLL*, lib. cit. cap. XLIX § 22. — PUFENDORF, *Observation. iur. univ.* tom. II obs. 7, e WALCH, *Introd. in controv. iur. civ. sect. II* cap. IV membr. II § 18 pag. 214.

⁴⁾ FINESTRES, *Praelect. Cerrar. ad tit. Dig. de lib. et postum.* parte IV cap. III § 15. — PUFENDORF, l. c. obs. 6. — WALCH, l. c. § 17, e HÖPFNER in *Commentar über die Institutionen* § 478 n. 2 e nota 1.

⁵⁾ L. 1 § 3 D. *de iniur.*; L. 15 § 24 D. *eodem.* — WEBER, l. c. § 12 pag. 194.

⁶⁾ § 2 I. *de iniur.* L. 2 D. *eodem.*

possa agire in proprio nome come se egli stesso ne fosse stato colpito 7). Tanto meno si può quindi affermare che il padre abbia perciò il diritto di divenire ad una diseredazione. Se si volessero poi in quarto luogo applicare alla diseredazione i principi relativi alla ingiuria immediata, non si potrebbe negare al padre il diritto della diseredazione neppur quando la madre avesse usato del proprio diritto 8). In tal guisa il figlio sopporterebbe una doppia pena: il che non è conforme per certo alla volontà del legislatore 9).

In secondo luogo si domanda se i genitori abbiano facoltà di diseredare i loro figli, anche quando si siano riconciliati con loro ed abbiano formalmente perdonato ad essi le ingiurie 9). Anche tale questione è molto controversa fra i giureconsulti. Alcuni 10) affermano che l'avvenuta conciliazione non toglie ai genitori il diritto di diseredare i loro figli, perchè ogni remissione deve essere interpre-

7) KLEINSCROD, *Grundsätze der Lehre von Injurien* sez. 6 § 3. Nell'*Archiv des Criminalrechts* vol. I punt. 4 Nr. I pag. 31.

8) Arg. L. 1 § 9; L. 18 § 2; L. 30 § 1; L. 31, L. 41 D. *de iniur.* — WEBER, l. c. pag. 198.

9) Con me concordano HOMMEL in *Rhapsod. quaest. for.* vol. II obs. 260. — BERGER, *Oecon. iur.* lib. II tit. IV th. 14 nota 4. — WESTPHAL nella *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 606 pag. 456. — MADIHN in *Princip. iur. Rom. de successioib.* § 139 n. 6, specialmente *Iac. RAVE* in *Comm. de interpretatione* cap. 3 Novella 115 (Jenae 1765) §§ 6-9.

10) LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. V spec. CCCLVII med. 8, e WALCH, *Introduct. in contrav. iur. civ.* sect. II cap. IV membr. II § 16 pag. 209.

v) In base all'art. 726 Cod. civ., l'indegno può essere abilitato a succedere dalla stessa persona del suo autore. Infatti le cause d'indegnità, sebbene fissate dalla legge, scaturiscono dalla presunta volontà del defunto, nè sono massime di ordine pubblico cui il privato non possa derogare. Anzi vedemmo anche dai lavori preparatori del Codice (vedi sopra pag. 499 nota 1) che il perdono dell'offeso è in certo qual modo vagheggiato dal legislatore. Questa riabilitazione può esser fatta in duplice modo: o con atto autentico o con testamento. Nel primo caso devesi espressamente dichiarare che l'offeso perdona il torto ricevuto e che, non ostante questo, si vuole che l'offensore possa succedere. Trattandosi di testamento, non vi è bisogno di riabilitare l'indegno con espresse parole; il fatto stesso dimostra il perdono del testatore. Non è richiesta una precisa e solenne formola di riabilitazione, purchè la causa d'indegnità fosse nota al testatore, e l'indegno sia istituito in una parte qualsiasi dell'eredità. Le disposizioni della legge sono tassative; quindi non basterebbe una semplice dichiarazione privata, nè sarebbe equipollente una prova desunta da fatti, dai quali si volesse arguire il perdono accordato dall'offeso. Cfr. RICCI, III n. 25.

tata strettamente. Altri ¹¹⁾ distinguono se la diseredazione sia avvenuta prima o dopo la conciliazione, e credono che nel primo caso non perda la sua efficacia, nel secondo invece faccia sì che il testamento possa essere impugnato come inofficioso. Si dice che quando la conciliazione è avvenuta prima che il testamento sia fatto, non potrebbe aver più luogo alcuna diseredazione, perchè l'offeso si è privato di ogni diritto che gli sarebbe spettato contro l'offensore. Ma che la diseredazione la quale è avvenuta prima della conciliazione non divenga invalida e che quindi il testamento non possa essere impugnato perciò come inofficioso apparirebbe da questo che basterebbe per la diseredazione che il relinquirente abbia avuto, quando fece il testamento, una legittima causa e che ad un erede testamentario debitamente istituito non potrebbe esser tolta l'eredità *nuda voluntate* senza che sia fatto un nuovo testamento ¹²⁾. Del tutto in conformità di ciò dice PAPIANO: *Filio, quem pater post emancipationem a se factam, iterum arrogavit, exheredationem ante scriptam nocere* ¹³⁾. Altri ancora ¹⁴⁾ negano assolutamente che, avvenuta la conciliazione, possa tuttora farsi una diseredazione sia che il defunto abbia perdonato all'erede necessario prima o dopo il testamento. Il nostro autore ¹⁵⁾ accede alla prima opinione, ma l'ultima merita, senza dubbio, di esser preferita. Infatti in primo luogo dicono chiaro le leggi che l'avvenuta conciliazione toglie il diritto di vendicare

¹¹⁾ ZOESIUS, *Comm. ad Pand. tit. de liber. et postumis* n. 19. — STRYCK, *de caut. testamentor.* cap. XXIV § 77. — HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.* vol. II obs. 389. — PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. II obs. 8. — HAUBOLD *ad BERGERI, Oeconom. iuris* tom. I pag. 394 nota 1. — FRAT. OVERBECK, *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* vol. II medit. 102, e HÖPFNER nel *Commentar über die Institutionen* § 478 nota 7.

¹²⁾ L. 22 D. *de adm. vel transf. legat.* [34, 4]; L. 27 C. *de testam.* [6, 23].

¹³⁾ L. 23 pr. D. *de liber et postum.*

¹⁴⁾ BACHOVIVS *ad TREUTLERUM*, vol. I parte I diss. XIII th. 9. — FACHINAEUS, *Controv. iur.* lib. VI cap. 79. — VOET, *Comment. ad Pandect h. t.* § 31. — LUC. VAN DE POLL, *lib. de exheredatione cap. ult.* — FINESTRES, *Praelect. Cervar. ad tit. Pand. de lib. et postum.* parte IV cap. V § 11 seg. pag. 161 seg. HÜBER, *Praelect. ad Dig. eod. tit.* § 4. — MICH. GOD. WERNHER, *lectiss. Commentation. ad Pand.* parte II lib. 28 tit. 2 § 30. — MÜLLER *ad LEYSERUM*, t. III fasc. 2 obs. 631, e THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte 2 § 916.

¹⁵⁾ Vedi § 1424 n. 2.

una ingiuria sofferta¹⁶⁾. Necessariamente quindi il testamento deve apparire inofficioso, come se la diseredazione sin da principio fosse stata fatta senza legittima causa. In secondo luogo da tutti gli argomenti della contraria opinione segue soltanto che la diseredazione fatta prima della conciliazione non perde *ipso iure* la sua validità e che, per conseguenza, il testamento non è rotto. Ma da ciò non discende pure che il testamento non possa essere rescisso come inofficioso col sussidio della querela. Questo solo vuol dire anche PAPINIANO nel passo sopra citato come del tutto chiaramente vedesi, se vi si collega la L. 8 § 7 D. *de bonor. poss. contra tabulas*, dove ULPIANO dice: *Si quis emancipatum filium exheredaverit, cumque postea arrogaverit, PAPINIANUS lib. 12 Quaestionum ait, iura naturalia in eo praevaleare: idcirco exheredationem nocere, sed in extraneo MARCELLI sententiam probat, ut exhereditatio ei abrogato postea non noceat*¹⁷⁾. Era questione se un figlio emancipato che il padre diseredi e poi di nuovo abbia arrogato debbasi considerare come preterito e rompa quindi il testamento paterno; o se la diseredazione, malgrado l'arrogazione avvenuta, rimanga valida. PAPINIANO a buon diritto afferma questa ultima tesi. Se certamente il figlio emancipato si doveva considerare soltanto come un *extraneus*, diversa dovrebbe essere stata la decisione, perchè quando una persona del tutto estranea è poi arrogata appunto da colui, che prima l'aveva espressamente esclusa dal suo testamento, questo è rotto¹⁸⁾. Ma un figlio emancipato non è da porre nella stessa categoria con tale *persona extranea*. Infatti la diseredazione di una persona totalmente estranea è, come dice PAOLO¹⁹⁾, una *res inepta* e da ritenersi quindi come se non fosse avvenuta. Ma un figlio emancipato rimane pur sempre, come è secondo natura, un figlio carnale di suo padre e tal rapporto di naturale cognazione non è modificato da arrogazione alcuna: *ne imagine natura veritas adumbretur*, come PAPINIANO molto bene espri-

¹⁶⁾ L. 11 § 1 D. *de iniuriis* § ult. *I. cod.*

¹⁷⁾ Vedi *Iac. LABITTI, Usus indicis Pandectar. cap. V § 2* (in WIELING. *Jurispr. restituta* parte II pag. 84 seg.).

¹⁸⁾ L. 8 pr. D. *de iniusto rupto irr. testam.* [28, 3].

¹⁹⁾ L. 132 in fine princ. D. *de V. obl.* [45, 1].

mesi ²⁰). Non può quindi nel dato caso ritenersi preterito, perchè la diseredazione di un figlio emancipato, almeno secondo il diritto pretorio, è valida così come la diseredazione di un *suus heres*. Mediante la sua arrogazione non è quindi rotto il testamento paterno, ove egli è stato diseredato. Così la diseredazione gli nuoce almeno in questo che egli può promuovere l'azione d'inofficiosità se crede di non essersi reso meritevole di quella ²¹). Che però questa azione già possa dirsi fondata soltanto perchè, avvenuta l'arrogazione, è da supporre una completa riconciliazione e un perdono dell'ingiuria, PAPIANIANO non lo dice affatto nè poteva permettersi di dir qualche cosa di simile, perchè l'arrogazione può avere per fondamento tutt'altra causa, per esempio, l'adempimento di una condizione a ciò relativa. Questo è il vero significato del passo così frainteso da PAPIANIANO L. 23 D. *de liber. et postum.* come CULACIUS ²²), BUSIUS ²³), BALDUIN ²⁴) e van de POLL ²⁵) molto fundamentalmente hanno dimostrato.

Del resto, è anche da osservare che un semplice pentimento per parte del figlio ingrato, senza riconciliazione effettivamente avvenuta con l'offeso ascendente, toglie così poco il diritto di diseredare, ²⁶) come la prescrizione dell'azione per ingiurie ²⁷). Infatti sono soggetti alla prescrizione soltanto quei diritti, che avrebbero dovuto esser fatti valere mediante azione ²⁸). Tra questi non entra il diritto di disere-

²⁰) Si veda qui *Ev. Otto in Papinian. cap. VII § 6.*

²¹) L. 8 pr. D. *de bonor. poss. contra tab.* Vedi FINESTRES, *Praelect. cit. parte IV cap. 1 § 16 pag. 96 e cap. V § 12 pag. 162*, e *Iuc. van de POLL, lib. cit. cap. XVI § 8 pag. 63.*

²²) Ad L. 23 cit. in lib. XII *Quaest. Papin.*

²³) *Ad eand. L. 23 D. de lib. et post.*

²⁴) *Disput. I ex Papiniano de quibusdam mysteriis iuris testamentarii cap. 13* (edit. Gundlingian., Halae 1730 pag. 305 seg., e in *Iurisprud. Rom. et Attica tom. I pag. 968 seg.*).

²⁵) *Lib. cit. cap. ult. § 7 pag. 676.*

²⁶) VOET, *Comm. ad Pand. § 30.* — FACHINAEUS, *Contror. iuris lib. VI cap. 80 § Quodsi de alio, etc.*, e FINESTRES cit., *Praelect. ad tit. Dig. de lib. et postum. parte IV cap. V § 13.*

²⁷) *Iuc. van de POLL, Disput. de exheredandis ob iniuriam in parentes liberis (Ultrajecti 1696)*, e nel lib. *de exheredat. cap. XLIX § 24.* — *Mich. God. WERNHERRI, lectiss. Commentat. in Pand. parte II tit. de lib. et postum. § 30 pag. 586.*

²⁸) Vedi THIBAUT, *über Besitz und Verjährung parte 2 § 38.*

dare. Anche nei diritti prescrivibili, notoriamente non estinguesi neppur l'intero diritto con l'estinguersi dell'azione, ma anche estinta questa, esso può esser tuttora tutelato con tutti i rimanenti mezzi giuridici ²⁹⁾.

Si comprende finalmente da sè come l'avvenuta conciliazione e il perdono debbano essere provati con inconfutabili argomenti secondo è conforme al diritto, se perciò il testamento deve poter essere attaccato come inofficioso ³⁰⁾. Non è sufficiente dedurre da fatti dubbiosi una semplice supposizione dell'avvenuto perdono ³¹⁾. La prova spetta pur sempre all'attore ³²⁾.

3) Quando i figli attentano alla vita dei genitori o con veleno o in altro modo. Anche la pura e semplice compera del veleno è sufficiente per la diseredazione, quando fu fatta con l'intenzione di recar danno ai genitori nella loro vita o nella salute se anche non ne fu fatto uso alcuno. Infatti la legge dice: *Si vitae parentum suorum veneficiis, aut alio modo insidiari tentaverint* ³³⁾.

4) Quando un figlio deferisce i suoi genitori ad un giudice a causa di un delitto e così reca loro un considerevole danno (*Si filius parentes detulerit et delatione sua effecerit, ut gravia damna perpessi sunt*). Una figlia può rendersi colpevole per tale motivo così come un figlio, poichè di regola ognuno che merita qualche fede, può render noti dei delitti, senza che qui abbiasi riguardo al sesso ³⁴⁾. Qual danno sia da ritenere come considerevole è rilasciato al criterio del giudice ³⁵⁾.

5) Quando i figli hanno voluto impedire i genitori di fare testamento o di mutare il già fatto e questi trovano poi ancora l'oc-

²⁹⁾ THIBAUT, l. c. § 39.

³⁰⁾ § 12 I. *de iniur.* L. 11 § 1 D. *eodem*; L. 17 § 6 D. *eodem*. — WEBER, *über Injurien* sez. 2 § 18 pag. 135 seg., e KLEINSCHROD, *Doct. de reparatione damni delicto dati* specim. II § 28.

³¹⁾ WEBER, l. c. pag. 139. Che tuttavia basti anche un perdono tacito, è affermato da WERNHER, l. c.

³²⁾ Vedi LEYSER, vol. V specim. 357 medit. 8.

³³⁾ *Luc. van de POLL*, cit. lib. cap. LII §§ 3 e 4.

³⁴⁾ Vedi l'*Archiv des Criminalrechts* edito da KLEIN, KLEINSCHROD e KONOPAK, vol. 4 punt. 2 n. 1 § 4 pag. 7.

³⁵⁾ *Luc. van de POLL*, cap. LIV § 8.

casione di testare (*Si quis ex liberis convictus fuerit, quod parentes suos testari prohibuerit*). È indifferente se ciò sia avvenuto con violenza e minaccia o con dolo ³⁶⁾. Se i genitori muoiono senza testamento perchè i figli li hanno impediti di far ciò, il fisco reclama l'eredità devoluta al figlio ingrato essendosene reso indegno. Anche in questo caso il fisco non risponde ulteriormente verso colui che per questa proibizione soffre un danno, ma egli deve agire con l'*actio in factum* per l'interesse contro il figlio ingrato ³⁷⁾. Se i genitori prima della loro morte ebbero opportunità di testare, ma non ne hanno approfittato per diseredare i figli, il torto arrecato si ritiene perdonato e il fisco non può più accampare alcuna pretesa all'eredità ³⁸⁾.

6) Quando il padre o la madre furono affetti da pazzia o mania, e i figli non ne presero cura mentre potevano farlo, e poi riacquistarono la sanità di mente (*Si quis ex parentibus furiosus sit, et liberi eius vel quidam ex illis, ministerium et debitam curam illi non exhibeant, siquidem ab eo morbo liberatur, licebit ipsi, si velit, filium vel liberos, qui cum neglexerunt, ingratum, vel ingratos in testamento suo scribere*). Se i genitori muoiono in istato di pazzia, la legge esclude i figli ingrati e attribuisce l'eredità paterna, di cui essi sono resi indegni, a colui che ebbe compassione del vecchio infermo di mente e ne prese cura; quando, cioè, egli si sobbarcò a questa cura dopo aver ricordato ancor una volta il loro dovere a coloro cui essa spettava e questi non hanno dato ascolto all'invito fatto. Egli riceve quindi l'eredità nel caso che il vecchio infermo di mente abbia testato prima di esser colpito da pazzia ed abbia ivi istituito il figlio ingrato ovvero sia morto senza testamento. L'estraneo che si prese quella cura non subentra in quel caso nel luogo del figlio ingrato se non quando egli stesso sia stato istituito e deve quindi

³⁶⁾ *De POLL.*, cap. LVI § 14.

³⁷⁾ L'imperatore si riferisce qui (Novella 115 cap. 3 § 9) soltanto alle precedenti leggi. Si deve quindi ricorrere qui alle LL. 1 e 2 D. *si quis aliquem testari prohibuerit* [29, 6]. Vedi *Luc. van de POLL.*, l. c. §§ 16 e 17, e *WESTPHAL*, *Theorie des R. R. von Testamenten* § 564.

³⁸⁾ *Luc. van de POLL.*, l. c. § 8.

adempire a tutto ciò che sarebbe spettato di fare al legittimo erede ³⁹⁾.

7) Quando i figli hanno tralasciato di riscattare i genitori caduti in prigionia del nemico (*Si unum ex parentibus captivitate detineri contigerit, eiusque liberi, sive omnes, sive unus eum redimere non studeant*). È chiaro che questo motivo presuppone tale prigionia per la quale i prigionieri siano caduti in ischiavitù. Siccome ciò non avviene più nella prigionia fra i belligeranti cristiani ed anche le potenze guerreggianti stesse agiscono per la liberazione dei prigionieri di guerra ⁴⁰⁾, così oggigiorno si può far uso di questo motivo soltanto quando un padre sia caduto in prigionia dei Turchi o degli Algerini e così oggi pure divenuto schiavo e i figli che avrebbero potuto riscattarlo, non hanno fatto ciò. In tal caso si dovrebbe applicare tuttora la legge romana ⁴¹⁾. Vien tuttavia presupposto, come GIUSTINIANO espressamente prescrive, che i figli abbiano già toccato il decimo ottavo anno ⁴²⁾. È pure degno di osservazione che quando i figli per la liberazione dei loro genitori prendono a mutuo il danaro e pignorano per sicurezza al creditore il loro proprio patrimonio o i beni dei genitori, il contratto è valido e non può essere impugnato in alcun modo ⁴³⁾ ove anche i figli siano minorenni ed essi non si siano procurati alcun decreto dall'autorità ⁴⁴⁾.

³⁹⁾ Novella 115 cap. 3 § 11. Non scaturisce dalle parole *evacuata institutione eorum, utpote indignorum, qui furioso curam praebere neglexerint* che il testamento debba essere rescisso con sentenza giudiziale, come afferma *Luc. van de POLL*, cap. 57 § 22.

⁴⁰⁾ WESTPHAL nella cit. *Theorie* § 566 pag. 429.

⁴¹⁾ *Luc. van de POLL*, de *exheredat.* cap. LVIII § 4. — *Lud. God. MADIHN*, *Prin.-ip. iur. Rom. de success.* § 137 n. 13 pag. 166. — GRIESINGER, *Commentar über das Württembergische Landrecht* vol. 6 pag. 447.

⁴²⁾ Novella 115 cap. 3 § 13: *Hanc autem poenam contra eos obtinere volumus, qui decimum octavum aetatis annum implererunt.*

⁴³⁾ *In illis vero causis, dicesi nel § 13 cit. secondo HOMBERGK, quibus pro liberandis captivis pecuniam dari necesse est, si quibus propriam pecuniam lubent, liceat illi, si dictae aetatis sit, mutuum pecuniam accipere, et res mobiles vel immobiles, sive proprias, sive eius, qui in captivitate detinetur, pignori dare quia in omnibus iis, quae dicta sunt, et pro liberatione captivorum dantur, vel expenduntur, eiusmodi contractus perinde firmos esse iubemus, ac si a persone sui iuris et perfectae aetatis celebrati essent.*

⁴⁴⁾ Vedi CUCIACI, *Exposit.* Novella 18. — BARRY, de *Successionib.* lib. X

8) Quando i figli di onesti genitori dedicansi contro la loro volontà allo spregevole officio di arenari e pantomimi. Negli arenari non son compresi i gladiatori (i cui sanguinosi giuochi furon già proibiti da COSTANTINO e ONORIO per la loro crudeltà), ma i bestiari che pubblicamente combattevano per danaro con le bestie feroci nel circo o nell'anfiteatro. I pantomimi ed i mimi erano invece artisti, che per mezzo di danze e gesticolazioni di ogni genere rappresentavano ridicole impudiche scene. Gli uni e gli altri appartenevano presso i Romani alle persone che il pretore nel suo editto dichiara infami, come io ho già mostrato in un altro luogo di questo commentario ⁴⁵). Si applica oggidì questa disposizione ai girovaghi conduttori di orsi, a coloro che danno spettacolo di marionette, ai ballerini da corda ed ai sonatori ambulanti ⁴⁶). Ma la poca stima in cui hannosi tali vagabondi è piuttosto cattiva riputazione che infamia nel senso romano ⁴⁷). Tuttavia la disposizione romana non si adatta in alcun modo alle odierne compagnie comiche privilegiate ⁴⁸).

9) Quando i figli recedono dalla religione cristiana (*catholica fides*) e passano ad una setta religiosa non accolta nello Stato. GIUSTINIANO fa ricordo qui della setta nestoriana ancora celebre ai suoi tempi, la quale ebbe a suo capo il patriarca NESTORIO di Costantinopoli. Questi negava la divinità di Cristo e fu quindi condannato dal Concilio di Efeso, depresso e il suo patrimonio confiscato. Quindi i seguaci di NESTORIO furon detti *Acephali* perchè erano ormai senza

tit. 4 n. 15. Non ha luogo perciò alcuna reintegrazione nel pristino stato se anche il padre potesse poi pagare il debito.

⁴⁵) Vedi la parte 5 § 379 pag. 168 seg. del testo tedesco (ediz. ital. lib. III pag. 60). Si confronti pure *van de POLL*, cap. LVII, e *BRISSENIUS*, *de Verbor. signif.* v. *Arenarii* et v. *Pantomimi*.

⁴⁶) Vedi *Io. Bernh. HOFFER*, *de quibusdam causis exheredationis* § 15. — *RUNDE*, *Grundsätze des gom. teutschen Privatrechts* § 310. — *CLAPROTH*, *Abh. von Testamenten* pag. 92.

⁴⁷) Vedi *HAGEMEISTER*, *über den wesentlichen Unterschied zwischen der römischen Infamie und teutschen Ehrlosigkeit* (in *HUGO's, civilist. Magazin* vol. 3 punt. 2 n. VIII pag. 165 seg.).

⁴⁸) *MADIHN*, *Princip. iur. Rom. de successioneib.* § 137 n. 10 pag. 164, e *HOFACKER*, *Princip. iur. civ. t. I* § 321.

capo ⁴⁹). La legge dichiara, del resto, eretici coloro che rigettavano la dottrina della Chiesa cattolica ricevuta nel Concilio niceense, efesino, costantinopolitano e calcedonense. Oggidì questo non potrebbe più servire qual norma dell'ortodossia, come WESTPHAL ⁵⁰) del tutto esattamente osserva. Inoltre il figlio doveva esser dichiarato eretico mediante sentenza e legalmente, se perciò doveva poter essere diseredato ⁵¹).

b) Tali cause di diseredazione che sono applicabili soltanto ai discendenti dell'uno o dell'altro sesso. Esse sono:

a) pel sesso mascolino.

1) Quando il figlio accusa penalmente il padre o la madre di un delitto che non sia diretto contro lo Stato o il suo reggente ⁵²). Soltanto il delitto di alto tradimento deve costituire un'eccezione, poichè in esso anche il semplice silenzio produce una complicità ⁵³). Qui non scusa neppure il più stretto vincolo del sangue ⁵⁴) e non viene in considerazione nemmeno la differenza del sesso per ciò che riferiscesi alla penale denuncia di questo delitto ⁵⁵). In altri delitti le leggi escludono i figli dalla denuncia dei genitori, sia essa o no fondata ⁵⁶). Se malgrado ciò un figlio si fa accusatore del padre o della madre, non solo gli può esser opposta l'eccezione della

⁴⁹) Vedi Ioh. Cristoph. KRAUSE, *Handbuch der christlichen besonders teutschen politischen Kirchengeschichte* vol. I (Halle 1785) § 115, e Iac. van de POLL, cap. 59.

⁵⁰) *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 567 pag. 431 seg.

⁵¹) HOFFER, *Specim. cit.* §§ 10 e 11. — MADIHN, *Princip. iur. Rom. de Succession.* § 137 n. 14 pag. 166.

⁵²) Novella 115 cap. 3 § 3.

⁵³) Vedi Nic. Hier. GUNDLING, *Singularia ad legem Maiestatis, itemque de silentio in hoc crimine* (Francof. et Lips. 1737, 4) cap. 3, e FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts* § 170.

⁵⁴) È cognito il *triste et atrox exemplum* che TACITUS, *Annal.* lib. IV, racconta di Quinto Vibio Sereno.

⁵⁵) L. 8 D. *ad leg. Iul. Majest.* Vedi Francisc. BALDUINI, *Disput. II ex Papiniano ad cap. VIII ad Leg. Iul. Majestat.* in *Iurisprud. Rom. et Attica* tom. I pag. 979 seg.

⁵⁶) L. 11 § 1 D. *de accusat.*; L. 20 C. *de his qui accusare non poss.*; L. 5 C. *ad Leg. Corn. de falsis.* — Ant. MATTHAEI, *de criminib.* ad lib. XLVIII tit. 13 cap. I § 14.

inammissibilità, ma ha anche meritato a buon diritto la diseredazione⁵⁷⁾. Se anche per ragione d'ufficio gli dovesse spettare il dovere d'indicare ai tribunali tutti i delitti di cui ha acquistato conoscenza, lo stesso dovere d'ufficio non scuserebbe la ingratitudine del figlio che volesse come pubblico accusatore denunciare suo padre⁵⁸⁾. Soltanto nel caso che l'interesse particolare dei figli troppo avrebbe a soffrire pel delitto dei genitori è permesso ai primi di farlo valere per mezzo di un'azione civile⁵⁹⁾ e quindi non si può trattare di alcuna diseredazione⁶⁰⁾. Del resto, trattandosi qui di un'azione formale, è indifferente se questi abbia o no danneggiato i genitori. Essa differisce dalla delazione ricordata sopra fra le cause di diseredazione dei due sessi in questo che per mezzo di quella deve essere recato un considerevole danno ai genitori, e perciò deve aver luogo una diseredazione⁶¹⁾.

2) Quando il figlio ha rapporti sessuali con la matrigna o con la concubina del padre⁶²⁾. Ciò che qui dicesi della concubina del padre, non ha più applicazione oggigiorno, perchè il concubinato appartiene ai delitti, mentre presso i Romani era un'unione lecita⁶³⁾.

3) Quando il figlio si dà ai *malefici* e prende parte al proibito esercizio di essi⁶⁴⁾. Per *malefici* non vengono intesi qui tutti i

57) *Luc. van de POLL, de exheredat. cap. L § 4.*

58) *Luc. van de POLL, cap. cit. L § 6.* Di altra opinione è tuttavia *F. Wilh. GAMBSJAEGER* in *Diss. sub. tit. testamentum in genere, in specie inofficiosum, una cum remediis iuris, systematice expositum* (Mannhemii 1803) parte III § 12 n. I pag. 50. Ma le leggi non fanno eccezione alcuna.

59) *L. 11 § 1 D. de accusat. [48, 2]. Liberi non sunt prohibendi, suarum rerum defendendarum gratia, de facto parentum queri: veluti si dicant: vi se a possessione ab his expulsos, scilicet, non ut crimen vis eis intendant, sed ut possessionem recipiant. Nam et filius non quidem prohibitus est, de facto matris queri, si dicat: suppositum ab ea partum, quo magis coheredem haberet; sed ream eam lege Cornelia facere permissum ei non est.*

60) *Luc. van de POLL, cap. L § 18.*

61) *HÖPFNER, Commentar über die Institutionen § 478 n. 4.*

62) *Novella 115 cap. 3 § 6.*

63) *Vedi WESTPHALS Theorie des r. Rechts von Testamenten § 563 in fine.*

64) *Novella 115 cap. 3 § 4.* In *HOMBERGK* dicesi: *Si cum veneficis, ut veneficus, conversetur.* Ma l'imperatore adopera l'espressione (ὑπερμαχός) la quale

malfattori, ma soltanto coloro che presso i Romani esercitavano l'incantesimo o la fabbrica dei veleni e per mezzo della loro proibita arte cercavano di nuocere agli altri come appare dal titolo del codice *de maleficis et mathematicis* [9 18]⁶⁵). Di questi *inimici humani generis*, come vengono detti nella L. 7 Cod. *cod.*⁶⁶), esistevano presso i Romani in segreto intiere società, le quali, secondo i racconti di PLINIO, praticavano i più scandalosi delitti e impartivano insegnamento anche agli altri nelle loro vietate arti⁶⁷). Tali congreghe dovevano quindi, quando il figlio si fosse ascritto come loro membro, autorizzare il padre alla diseredazione. Si rivela da ciò, che ai nostri giorni non si potrebbe fare alcun uso o per lo meno assai scarso di tale causa di diseredazione, come il sig. professor WEBER⁶⁸) molto giustamente ha osservato.

4) Quando i genitori per causa di debiti o di un delitto trovansi in prigione e il figlio che di ciò sia ricercato dal padre o dalla madre, si rifiuta di liberarli mediante fideiussione, sebbene egli ne avesse i mezzi⁶⁹). GIUSTINIANO limitò questa causa di diseredazione

propriamente indica un *incantator* o *maleficus*, un incantatore. Poichè questi tuttavia esercitano anche l'arte di preparare veleni, anche i *malefici* vengono detti *venefici*. L. 3 C. Th. *de indulgent. crim* (9, 38).

⁶⁵) BRISSONIUS, *de Verbor. signif.* v. Maleficus. — *Iac. van. de POLL*, *de exheredat.* cap. 51. — *Iac. Bened. WINCKLER*, *Commentat. ad tit. Cod. mathematicis, maleficis et cet. similibus, praeis Lüd.* MENCKEN (Lipsiae 1725) def. § 14 seg., e *Pet. TOLLOZAN*, *Diss. de maleficis et mathematicis* cap. IV § 1 (in *Ger. OELRICHS*, *Thes. dissertation. Belgicar.* vol. I tom. III pag. 246).

⁶⁶) *Histor. natural.* lib. XXX capitoli 1 e 2.

⁶⁷) Contro questi erano specialmente dirette le severe disposizioni delle LL. 4, 5, 6 C. *de maleficis et mathem.*

⁶⁸) *Bemerkungen und allgemeine Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des röm. Rechts in deutschen Gerichten* § 3 (nei *Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung*) (Schwerin e Wismar 1801 pag. 19 seg.).

⁶⁹) Cap. 3 § 8 Novella 115: *Si quem ex parentibus eius carceri includi contingat et liberi, qui ab intestato ad successionem eius venire possunt, ab eo rogati, vel unus ex illis, pro eo, sive pro persona sive pro debito, fidei iurare nolint, in quantum ille, qui rogatus est, facere posse probatur.* Le parole: *Si quem ex parentibus* sono senza dubbio da riferirsi così al padre come alla madre. In seguito ordinò veramente GIUSTINIANO, Novella 134 cap. 9, che niuna donna dovesse essere incarcerata. Ma questo privilegio oggi non esiste. Vedi

espressamente ai figli ⁷⁰). Tuttavia afferma il WESTPHAL ⁷¹) che questa limitazione della legge oggidì non valga più, perchè le femmine come i maschi possono fare garanzia, quando rinuncino al beneficio del senatoconsulto velleiano. Per questo motivo la legge dovrebbe essere estesa oggi anche alle figlie ⁷²). A buon diritto contraddicono tuttavia a questa opinione il MADIHN ⁷³), il CLAPROTH ⁷⁴) e il GAMBSJAEGER ⁷⁵), quantunque l'argomento che adoperano, cioè che una donna, già secondo il diritto romano come oggigiorno, avrebbe potuto rinunciare al senatoconsulto velleiano non è persuasivo ⁷⁶). Perocchè piuttosto il motivo trovasi in questo che sembrerebbe contraddittorio che le leggi proibissero la fideiussione alle donne e specialmente dichiarassero nulle le fideiussioni delle figlie pei loro genitori ⁷⁷), e tuttavia volessero costringerle contro la loro volontà a rinunciare a questo beneficio su domanda dei loro genitori ed anzi

QUISTORPS, *Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien* 4 fasc. n. 11, e *Luc. van de POLL*, cap. 55 § 25.

⁷⁰) *Hoc tamen, dice la legge, quod de fideiussione sancimus, ad masculos liberos, et quidem solos pertinere volumus.*

⁷¹) *Theorie von Testamenten* § 564 pag. 425.

⁷²) A questa opinione aderisce anche GRIESINGER nel *Commentar über das Württemberg. Landrecht* vol. VI pag. 437.

⁷³) *Princip. iur. Rom. de success.* § 137 n. 8 pag. 164.

⁷⁴) *Von Testamenten* § 18.

⁷⁵) *Diss. de testamento in genere et in specie inofficioso, una cum remediis iuris* parte III § 12 nota 48.

⁷⁶) Hanno dimostrato l'opposto con prevalenti motivi AVERANIUS, *Interpretat. iuris* lib. II cap. 5. — HELLFELD in *Diss. de conditione mulieri intercedenti competente* § 35 seg., e WEBER nella *systemat. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit* § 74 nota 14.

⁷⁷) L. 8 C. ad SCtum Velleian. Vedi RÜSLIN, *Abhandlung von besonderen weiblichen Rechten* vol. 2 lib. 3 sez. 1 punto princ. 2 cap. 1 § 17 pag. 66 seg. Parecchi giureconsulti credono, a dir vero, che mediante la L. 21 § 1 D. *eodem* la fideiussione di una figlia per suo padre sia stata valida, quando fu fatta *exigente pietatis officio*, cioè *ne iudicatus pater eius propter solutionem vexetur*, per esempio, HARPPRECHT, *Vol. nov. Consultation.* parte II consil 70 numeri 220-222, e POTHIER, *Pandect. Justinian.* tom. I tit. *ad SCtum Velleian.* n. XXVIII pag. 443. Ma l'espressione *liberaliter aliquid facere* non significa prestar cauzione, sivvero donare, come RÜSSLIN, l. c. cap. 2 § 6 pag. 96 molto giustamente ha osservato. Dimostra ciò sufficientemente anche il motivo addotto nella L. 21 § 1 cit.: *oneribus enim eorum Senatus succurrit.*

sotto pena di diseredazione ⁷⁸⁾. Secondo la più giusta opinione, questa causa di diseredazione ha luogo anche oggigiorno soltanto pei figli ^{p)}. È richiesto inoltre che i genitori abbiano domandato la prestazione di una fideiussione. La legge non determina se il figlio debba aver raggiunto la maggiore età o anche sia da ritenere sufficiente un'età di anni diciotto, come nel caso che i genitori siano caduti in prigionia del nemico. Quest'ultima tesi è sostenuta da STRYCK ⁷⁹⁾, HOFACKER ⁸⁰⁾ ed HOEPFNER ⁸¹⁾. Ma l'opinione di quei giureconsulti che affermano la prima merita la precedenza, mancando una speciale disposizione di legge, come più conforme all'analogia ⁸²⁾. A quest'opinione accede anche HELLFELD ⁸³⁾. È notevole che qui dove si tratta di una fideiussione del figlio per il padre, non è di ostacolo la unità di persona, quando anche il figlio sia sotto la patria potestà ⁸⁴⁾. Se un figlio (dal caso infuori che i genitori siano in prigionia) si dovesse rifiutare di far fideiussione per loro, quando, per esempio, vogliono contrarre un prestito di danaro che non possono concludere senza una garanzia, non ha luogo perciò alcuna diseredazione ⁸⁵⁾.

f) Per il sesso femminile.

Quando una figlia o nipote ricusa un matrimonio propositole, con offerta di dote, dai genitori o dagli avi e in luogo del medesimo scegliesi una vita turpe. Se tuttavia ha raggiunto il venticinquesimo anno senza che i genitori si siano dati pena di procurarle un marito, non può essere diseredata se anche poi diventa meretrice o si marita senza la volontà dei genitori purchè prenda in marito

78) Vedi *Luc. van de POLL*, cit. cap. 55 § 42.

79) *De cautelis testamentor.* cap. XIX § 32.

80) *Princip. iuris civ.* tom. II § 1095 n. 8.

81) *Commentar über Heineccischen Institutionen* § 478 n. 13.

82) *Luc. van de POLL*, *de exheredat.* cap. 55 § 3.

83) *Tit. de liber. et postum.* § 1424 n. 8.

84) L. 10 § 2 D. *de fideiuss.*

85) STRYCK, *Caut. contract.* l. c.

p) Vedi questo Commentario, lib. XVI § 922 pag. 24 e seg. (Testo tedesco, vol. XIV pag. 454).

un uomo libero. Invero tutta la colpa cade qui sui genitori ⁸⁶⁾. Qui è specialmente notevole la distinzione che la legge fa tra una figlia minorenni ed una maggiorenne. La prima può essere diseredata quando si dà alla vita turpe e i genitori non le sono stati di ostacolo al matrimonio. La scusa che i genitori non si sono dati alcuna pena di procurarle un marito non le torna qui vantaggiosa. La diseredazione non ha luogo soltanto allora che i genitori senza ragionevole motivo abbiano allontanato questa figlia dal matrimonio, quantunque parecchi ragguardevoli partiti le fossero stati proposti. Infatti sarebbe contraddittorio alla ragione e all'equità che i genitori dovessero poter diseredare la figlia per un atto cui essi medesimi per propria colpa e capriccio han dato occasione ⁸⁷⁾.

Se poi una figlia sia maggiore di età, debbono i genitori darsi pena di maritarla ⁸⁸⁾. Se essi non si sono occupati del suo collocamento ed essa commette poi una colpa o si marita contro la volontà dei genitori, non ha luogo diseredazione alcuna. Quando invece ai genitori non spetta colpa alcuna poichè essi volevano dare la figlia ad un ragguardevole marito ed essa senza sufficiente motivo lo rifiutò

⁸⁶⁾ Novella 115 cap. 3 § 11: *Si cui ex dictis parentibus filias suae vel nepti maritum dare et dotem pro modo facultatum pro ea praestare volenti, illa non consentiat, sed turpem vitam eligat. Si vero filia ad viginti quinque annorum aetatem pervenerit, et parentes eam marito iungere differant, ac forte exinde contingat, ut illa in proprium corpus peccet; vel sine consensu parentum viro, libero tamen, nubat; hoc filiae in ingratitudinem imputari nolumus, quoniam non sua, sed parentum culpa id commisisse intelligitur.*

⁸⁷⁾ È quindi un palese errore l'affermazione di HÖPFNER nel *Commentar* § 478 n. 14, e di WESTPHAL, *von Testamenten* § 565, che una figlia minorenni, la quale sia divenuta meretrice, possa esser diseredata senza distinzione, e che i genitori siano fuori di ogni responsabilità se abbiano allontanato le loro figlie dal matrimonio prima del 25.^o anno. Poichè, sebbene i genitori non siano obbligati a darsi una speciale cura di cercare un marito alla figlia prima del 25.^o anno, non segue da ciò che ai genitori sia lecito, senza sufficiente motivo di allontanare la figlia dal matrimonio, quando le sia proposto un conveniente partito, che essa era pronta ad accettare. Con qual diritto possono qui i genitori diseredare tale figlia se poi siasi data al mal costume? Vedi qui specialmente GRIESINGER, *Commentar über das Württembergische Landrecht* vol. 6 pag. 411 seg., specialmente la nota e.

⁸⁸⁾ Vedi *Io. Conz. STIEGLIZ, Diss. de necessitate patris conditionem filiabus quaerendi; ad L. 19 D. de ritu nuptiar* (Hae 1757) § 7.

o i genitori malgrado ogni diligenza non poterono trovare un ragguardevole marito per la figlia e questa si dà al mal costume o si marita in modo sconveniente pei genitori, può esser diseredata a buon diritto anche se maggiorenne⁸⁹⁾. Tuttavia vi ha pure un'altra distinzione nello spirito della legge. Se una figlia è tuttora minore e i genitori si eran dati pena di maritarla convenientemente al suo stato, ma ha rifiutato ciò e si è maritata secondo il proprio capriccio ed arbitrio contro la volontà dei genitori, può esser diseredata se anche non avesse precisamente scelto un marito indegno, ma tale uomo di cui i genitori non potessero vergognarsi. Ciò non dice l'imperatore con espresse parole. Quindi negano assolutamente molti giureconsulti⁹⁰⁾ che un matrimonio concluso dai figli contro la volontà dei genitori, dia il diritto a questi ultimi di diseredarli; altri⁹¹⁾ invece limitano ciò semplicemente al caso, che la figlia contro volontà dei genitori abbia scelto un marito, che ridonda in loro scorno. Che tuttavia per una figlia minore non si abbia riguardo se pel concluso matrimonio la famiglia è disonorata o no, ma per la diseredazione è sufficiente che essa, rigettata la proposta di matrimonio fatta dai suoi genitori ed a questi gradita, siasi maritata capricciosamente contro la loro volontà, non si può negare pel motivo che GIUSTINIANO nel caso opposto (quando cioè una figlia abbia già raggiunto la maggiore età e si fa carico ai genitori che è rimasta nubile) la esenta dalla pena di diseredazione, ove essa pur senza consenso dei genitori siasi scelto un libero ed onesto uomo per marito. Ora non vi sarebbe alcuna differenza tra i due casi, se

⁸⁹⁾ Si veda a preferenza *Diet. Gotthard ECKARDI, Diss. de exheredatione filiae turpiter viventis* (Lipsiae 1720) cap. II § 8, e *Phil. Iac. HEISLER, Erörterung der Frage: Sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheyraten, zu enterben befugt?* (Halle 1783, 4) §§ 4-9.

⁹⁰⁾ STRUV, *Synt. iur. civ. exercit.* 32 th. 34. — STRYCK, *Caut. testam.* cap. XIX § 35. — *Frid. Aug. Guil. de WITZENDORF, Diss. de exheredatione liberorum sine consensu parentum nuptias contrahentium* (Goettingae 1757), e WALCH, *Introd. in controuv. iur. civ. sect. II cap. IV membr. II § 14.*

⁹¹⁾ MÜLLER *ad Struvium* loc. cit. nota a. — CUIACIUS, *Observation.* lib. III cap. 5. — ECKARD, *Diss. cit.* cap. II § 9. — WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* § 565 pag. 427, e GRIESINGER nel cit. *Commentar* parte 6 pag. 442.

non potesse essere diseredata neppure una figlia minorenni, la quale, sia pure senza consenso dei genitori, ha fatto nulladimeno tal matrimonio che non ridonda precisamente ad offesa dei genitori, del pari che una maggiorenne che siasi condotta nello stesso modo. Non si obietti, che l'imperatore parla soltanto di una *vita turpis*, che la figlia deve aver pre'erito ad un conveniente matrimonio a lei offerto, affinchè per tal causa possa essere diseredata dai suoi genitori, e per ciò non potrebbe bastare un matrimonio concluso dalla figlia contro la volontà dei genitori. Imperocchè si pensi che ad una figlia, la quale è ancora sotto i venticinque anni, secondo il diritto romano non è assolutamente permesso di maritarsi senza il consenso dei genitori, sebbene non sia più sotto la loro patria potestà ⁹²⁾. Anzi ove anche il padre non sia più vivente, la figlia non può tuttavia, se ancora è minorenni, maritarsi a suo capriccio, ma è richiesto perciò il consenso della madre e degli altri prossimi parenti ⁹³⁾. Se pertanto una tal figlia minorenni aveva conchiuso capricciosamente un matrimonio senza il consenso dei genitori, esso non era soltanto illegale, ma anche radicalmente nullo ⁹⁴⁾. E di tal figlia che vive in simile invalida e punibile unione con dispiacere ed afflizione dei genitori, poteva ben dire GIUSTINIANO, che essa conduceva una vita scandalosa (*αισχροὺν βίον*). Non è infatti dimostrabile che per *vita turpis*, come HOMBERGK esattamente ha tradotto quelle parole, debbasi intendere un comune meretricio, nel quale la figlia senza scelta e per prezzo si dà a ciascuno. La legge si adatta anche ad una figlia, la quale, rifiutato uu conveniente matrimonio a lei offerto, siasi data soltanto ad un amante e ne sia rimasta incinta ⁹⁵⁾. Tanto meno è da porre in dubbio che meriti la diseredazione, secondo lo spirito della nostra Novella, quella

⁹²⁾ L. 20 C. de nupt. [5, 4]. *In coniunctione filiarum in sacris positarum patris expectetur arbitrium. Sed si sui iuris puella sit intra quintum et vicesimum annum constituta; ipsius quoque adsensus exploretur.* — Ge. Lud. BOEHMER, *Diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberorum* (Halae 1740) cap. I §§ 18 e 31 nota e.

⁹³⁾ L. 20 Cod. cit. *Si patris auxilio destituta, matris et propinquorum, et ipsius quoque requiratur adultae iudicium.* Add. I.L. 1 e 18 C. eodem.

⁹⁴⁾ § 12 I. de nupt. L. 5 C. de Legib. [1, 14]. — Franc. HOTOMANNI, *Quaest. illustr. libro. qu. 9 pag. 73*, e BÖHMER, *Diss. cit. cap. I §§ 26 e 27.*

⁹⁵⁾ ECKARD, *Diss. cit. cap. II § 4.* — VOET *ad Pand. h. t. § 26 in fine.*

ingratitude e punibile disobbedienza di una figlia, la quale contro la volontà dei genitori, e malgrado che questi siansi data ogui premura pel suo bene riguardo al collocamento in matrimonio, capricciosamente e temerariamente scegliesi da sè stessa un marito, posto anche che non abbia sposato un dispregevole uomo, come hanno dimostrato molto fondatamente *Enrico* BROUWER ⁹⁶⁾ e HEISLER ⁹⁷⁾. Infatti la legge perdona tale trascorso soltanto ad una figlia sotto i venticinque anni, quando i suoi genitori non si sono occupati affatto di maritarla, ed anche essa non si può sottrarre alla pena della diseredazione, quando scegliesi un marito offensivo per la famiglia. Hanno indubbiamente questo senso le parole: *vel sine consensu parentum viro, libero tamen, nubat* (ἢ ἄνευ συναινέσεως τῶν γονέων ἀνδρὶ ἐκπιήν, ἐλευθερίῳ μὲντοιγε συζεύξει) ⁹⁸⁾. Veramente gli avversari vogliono porre in dubbio la genuinità di queste parole pel motivo che mancano nella edizione haloandrina delle Novelle. Ma quanto poco tale argomento possa togliere forza alla verità della nostra asserzione apparirà chiaro ad ognuno il quale sa che lo HALOANDER per la sua edizione greca delle Novelle si servì di un manoscritto incompleto, nel quale non soltanto mancavano molte Novelle, ma anche quelle che egli dette alla luce erano piene di lacune ⁹⁹⁾. Lo HALOANDER stesso lo confessa. Ciò, del resto, è stato chiaramente dimostrato con una quantità di

⁹⁶⁾ *De iure connubiorum* (Delphis 1714, 4) lib. II cap. 24 numeri 27 e 28 pag. 657.

⁹⁷⁾ Nella citata memoria §§ 10-18.

⁹⁸⁾ Se la figlia si è scelta per oggetto di coniugale amore una persona non suscettibile di biasimo, dalla quale non vuole distaccarsi, e ciò è stato cagione che non ha potuto accettare il matrimonio offertole dai parenti, scopa tal circostanza ai genitori e con filiale rispetto cerchi di ottenere il loro consenso. Se questi non vogliono assolutamente accordarlo, le resta aperta un'altra via, per la quale, senza offendere i genitori o rendersi colpevole di ingratitude verso i medesimi, può raggiungere il suo scopo; cioè rechi la cosa al concistoro e rilasci di decidere al medesimo se i genitori abbiano sufficiente motivo di ricusare il loro consenso. Questo è il cammino che le leggi le indicano L. 19 D. *de ritu nupt.*; L. 1, L. 11 C. *de nupt.* Se non lo sceglie, ma capricciosamente maritarsi con chi vuole, ciò costituisce un dispetto ed una disobbedienza verso i genitori, e con la diseredazione non le si fa alcun torto. Vedi *Ant. MERENDA, Controv. iuris* lib. III c. 13.

⁹⁹⁾ Vedi la parte 1.^a di questo Commentario, § 54 (ediz. ital. lib. I tit. 2 § 54 pag. 281 e seg.)

esempi da altri giureconsulti, specialmente dal VOERDA ¹⁰⁾ e dal CRAMER ¹⁾. Basta che quelle parole siano nella vulgata, nella epitome di GIULIANO e nelle complete edizioni greche dello SCRINGER e del CONTIUS.

Siccome, del resto, la Novella nella causa di deserazione da ultimo ricordata parla chiaramente soltanto delle figlie e delle nipoti, non se ne può far uso pei figli. Un figlio non può essere diseredato dai genitori sia per la sua vita immorale, sia perchè, senza la volontà e consapevolezza dei genitori, si ammoglia, qualunque sia la consorte. *Alessandro* POLITO ²⁾ eccettua veramente il caso che il figlio sia ancora sotto i venticinque anni ed abbia sposato, contro la volontà dei genitori, una spregevole persona che reca disdoro a lui e alla famiglia. Qui, egli crede che il figlio abbia meritato la deserazione, se anche non è più sotto la patria potestà. Poichè, sebbene la Novella niente contenga in proposito di questo caso, sarebbe chiaramente ordinato nelle più antiche leggi ³⁾ che GIUSTINIANO non ha in alcuna guisa abolito. Tuttavia siccome esso non ha ripetuto questa causa di deserazione riguardo ai figli nella Novella 115, tanto più è da ritenersi abolita dal momento che l'imperatore espressamente proibisce di derivare da altre leggi cause di deserazione, le quali non siano contenute nella ricordata Novella ⁴⁾. Quindi la maggior parte dei giureconsulti è in mio favore ⁵⁾.

II. Gli ascendenti possono essere diseredati dai discendenti soltanto per otto cause, le quali GIUSTINIANO indica nel seguente modo nel cap. 4 della Novella 115.

¹⁰⁾ *Elect. libr. singulari* (Trajecti ad Rhen. 1749, 8) cap. XXVII pag. 259.

¹⁾ *Progr. continens ad historiam Novellarum Justiniani Imp. Analecti litteraria* (Kilonii 1794, 4) pag. 20 seg.

²⁾ *De patria in testamentis condendis potestate* lib. I cap. 8 (in *Ger. MEERMANNI, nov. Thes. iur. civ. et canon.* tom. I pag. 256 seg.).

³⁾ L. 3 § 5 D. *de bon. poss. contra tab.*

⁴⁾ Novella 115 cap. 3 pr.: *ut praeter eas nemini liceat, ex alia lege ingratitudinis causam opponere, nisi illas, quae serie praesentis constitutionis continentur.*

⁵⁾ CUIACIUS in *Exposit.* Nov. 18. — FACHINAEUS, *Controv. iuris* lib. III c. 44. — MEIER, *Colleg. iur. argentorat.* tom. II lib. XXVIII tit. 2 § 26 pag. 355. — *Luc. van de POLL.* *De exhereditat.* cap. 47 § 1 seg. — GRIEBNER, *Diss. de exhereditat. liberorum sine consensu parentum nuptias contrahent.* § 7. — ECKARD, *Diss.* cit. cap. III § 11, e HEISLER nella citata memoria § 20 seg.

1) Se accusano o anche soltanto denunciano i figli per un delitto, cui è comminata la pena capitale (*Si parentes liberos suos ad ultimum supplicium dederint*). Il delitto di alto tradimento è ecettuato anche qui pel motivo addotto sopra riguardo alla diseredazione dei figli. Quando i genitori accusano i figli per delitti che non sono capitali, non ha luogo per questa legge alcuna diseredazione. Qui il diritto di diseredare spettante ai figli è più ristretto che quello dei genitori ⁶⁾. Neppure debbon temere i genitori di essere diseredati, quando i figli hanno commesso o tentato di commettere sui genitori il delitto, pel quale furono da essi accusati o denunciati ⁷⁾.

2) Quando attentino alla vita dei figli per mezzo di veleni, incantesimi o in qualche altro modo (*Si venenis, aut maleficiis ⁸⁾, aut alio modo parentes vitae liberorum insidiosos esse probentur*).

3) Quando il padre commette immoralità con la figliastra o la concubina del figlio. Riguardo alla concubina del figlio vien meno oggi la diseredazione del padre, poichè ambedue sono in *pari reatu* ⁹⁾.

4) Quando i genitori impediscono ai figli di fare un testamento. Qui applicasi tutto ciò che fu osservato sopra riguardo alla diseredazione dei figli.

5) Quando il padre somministra il veleno alla madre del figlio che fa testamento o viceversa la madre al padre, cosicchè vien perduta la vita o la sanità della mente. O quando altrimenti un ascendente, che sarebbe stato erede del figlio testatore, ha attentato alla

⁶⁾ *Luc. van de POLL*, *De exheredat.* cap. LX §§ 4 e 5.

⁷⁾ L. 14 C. *de his qui accus. poss.* [9, 1].

⁸⁾ Nel testo greco dicesi *γογγυσις*, con che intendonsi gl'incantamenta magica, o, come GIULIANO traduce, i *susurri magici*. In HOMBERGK trovasi *veneficiis*, nella vulgata *maleficiis*. Quest'ultima traduzione è più conveniente al testo greco, come appare dalle LL. 5, 6, 7 Cod. *de maleficiis et mathemat.* [9, 18]. Anche TACITO, *Ann.* II, 69 ricorda i *maleficia, quibus creduntur animae numinibus infernis sacrari*, e nella L. 7 C. Theod. il *crimen veneficii ac maleficiorum* vien distinto e inteso con questo secondo l'incantesimo dannoso. Ciò che oggidì sia da ritenere come uccisione per arte magica è noto per mezzo di THOMASII, *Diss. de crimine magiae* (Hallae 1701), e ECKARTSHAUSEN, *Entdeckten Geheimnissen der Zau'erey* (München 1790).

⁹⁾ *Luc. van de POLL*, cap. 60 § 20.

vita del coniuge suo, da cui il figlio discende. Qui trattasi soltanto di ascendenti carnali.

6) Quando i genitori non si danno cura dei figli caduti in pazzia e questi riacquistano di nuovo la sanità. Qui ha luogo precisamente ciò che sopra è stato detto dei genitori pazzi, di cui i figli non si prendano cura in questo miserevole stato. Se i figli ricuperano la sanità e non diseredano i genitori, mentre pure potrebbero far testamento, essi non sono da considerare come *ipso iure* diseredati, ma è da ritenere che i figli abbiano perdonato il torto dei genitori. I genitori sono indegni della eredità anche *ab intestato* solo allora che i figli muoiono nello stato di pazzia, nel quale i genitori non se ne presero cura.

7) Quando i genitori hanno tralasciato di riscattare i loro figli caduti nella schiavitù. Se muoiono in questo stato senza aver avuto occasione di far testamento, la loro eredità si devolve alla Chiesa del loro luogo di nascita, e ciò ha pur luogo quando il figlio morto nella prigionia ha già prima fatto un testamento e vi ha istituiti eredi i genitori, ove, cioè, non abbia avuto occasione di mutare il testamento. Qui la legge toglie efficacia alla istituzione in erede; invece le rimanenti disposizioni restano valide. In breve qui è da dire ciò che fu osservato riguardo ai genitori caduti in tale prigionia, per cui divennero schiavi ¹⁰⁾. Finalmente

8) quando i genitori si ascrivono ad una setta religiosa eretica. Qui pure è da ripetere ciò che sopra è stato osservato riguardo alla diseredazione dei figli.

Non vi è dubbio che queste cause di diseredazione che abbiamo osservato sino a qui pei genitori e pei figli, sono prescritte anche per la preterizione. Infatti GIUSTINIANO stesso lo dice alla fine del cap. 4 della Novella 115: *Atque hae quidem exheredationis vel praeteritionis poenae, quantum ad causas ingratitude, in dictas personas statutae sint*. Tanto più è controversa la questione se per queste cause di esclusione legalmente determinate abbia luogo un'interpretazione estensiva ⁹⁾. Tutto dipende qui dal seguente passo del cap. 3 della No-

¹⁰⁾ Si confronti Novella 116 cap. 3 § 13.

⁹⁾ La questione si può dire meno importante nella letteratura posteriore al Glück. Infatti se è certo che l'imperatore ha proibito di ricercare ed applicare delle cause di

vella 115: *Sed quia causae, ex quibus liberi ingrati iudicari debent, per diversas leges dispersas, nec clare expressas inrenimus (quarum quaedam ad ingratitudinem ne sufficere quidem visae, aliae vero, licet sufficerent, praetermissae sunt), propterea necessarium esse nobis visum est, praesenti lege illas nominatim comprehendere, ut praeter eas nemini liceat, ex alia lege ingratitudinis causam opponere, nisi illas, quae serie praesentis constitutionis continentur.* Così secondo la versione di HOMBERGK. Questo passo viene spiegato dai giureconsulti in diverso modo. Alcuni ¹¹⁾ lo intendono come se così il legislatore avesse assolutamente

¹¹⁾ Viglius ZUCHEMUS in *Commentar. in decem Titulos Institution.* (Basileae 1534 fol.) ad § ult. I de *exheredat. liberor.* pag. 120. — Franc. CONNANUS in *Comment.*

diseredazione contenute nelle leggi precedenti, non ha stabilito tuttavia delle particolari regole d'interpretazione della sua Novella, come per lo passato s'inclinava a credere (Cfr. anche MÜHLENBRUCH, l. c. XXXVII pag. 175 del testo tedesco («diz. ital. lib. XXVIII § 1425 a).

Quindi questa Novella, al pari di ogni altra legge, è sottoposta alle regole generali sull'interpretazione; ma si deve ricordare che l'imperatore volle principalmente togliere di mezzo la precedente incertezza. L'interpretazione non può quindi con deduzioni dal concetto generale della *ingratitudo* (*ἀχαριστία*) o con soverchie estensioni dei singoli motivi enunciati nella legge, frustrare lo scopo di questa. Quindi si deve essere molto prudenti nell'uso dell'analogia (Cfr. VANGEROW, § 484; TEWES, op. cit. § 140).

E si ammette tuttavia, non senza opposizione (cfr. VANGEROW, § 484) che una causa di diseredazione può autorizzare a diseredare non soltanto quell'ascendente o discendente riguardo alla cui persona si è verificata, ma mediatamente anche altre persone. Chi trova, osserva il TEWES, op. cit. Il pag. 482, una causa di diseredazione nell'essersi accomunati con degli avvelenatori, non può negare al padre il diritto di diseredare il figlio, perchè ha attentato alla vita della madre. Tale condotta è palesemente, nel senso della legge, *ingratitudine* anche verso l'altra parte.

Già fu accennato sopra (§ 551 pag. 499, nota b) che anche nella nostra antica giurisprudenza si ammetteva un'interpretazione estensiva delle cause di diseredazione enunciate dalla legge (cf. DE LUCA, *De legitima disc.* XIII n. 6 e *Dott. volg.* lib. IX cap. 2 numeri 1-2); il che portava ad eccessi crudeli. Tuttavia la Rota romana non ammetteva che si potesse senza causa legittima o equipollente diseredare i figli per favorire la Chiesa. *S. R. R. Dec. rec. a. P. RUBEIO select.* VIII D. 96 n. 14. Ma l'incertezza derivava dal giudizio sulla equipollenza del motivo di diseredazione. Tanto più dobbiamo rallegrarci che questa dottrina sia stata surrogata oggi dall'altra delle cause d'indegnità. Si deve ritenere ed è ritenuto nell'odierna giurisprudenza che queste cause sono dei pari tassativamente enunciate. Ma con ciò non si può neppure escludere un'interpretazione dei relativi articoli, simile a quella che ammettesi per ogni altra disposizione di legge. Però anche l'interprete del nostro diritto dovrà pur sempre ricordare che il legislatore volle evitare ogni incertezza nella determinazione delle cause d'indegnità. Altre più gravi fors'anco, secondo il concetto dell'interprete, potranno essere state dimenticate dal legislatore, ma quegli non può supplire tale lacuna.

vietato ogni interpretazione estensiva della legge. Il giudice dovrebbe stare soltanto alle parole, nè gli sarebbe lecito accogliere altre cause di esclusione oltre quelle che le parole della legge esprimono. Altri ¹²⁾ invece ritengono che una letterale interpretazione della legge ci condurrebbe a veri assurdi. Azioni che sono di eguale o anche peggior sorte, dovrebbero quindi necessariamente esser comprese nella legge e per esse potrebbe pure avvenire una diseredazione. GIUSTINIANO non avrebbe proibito una tale interpretazione estensiva, ma la sua intenzione sarebbe soltanto quella di vietare che potessero esser dedotte da più antiche leggi delle cause di diseredazione che erano di poca entità e di determinare per mezzo della sua legge le più importanti che non fossero state ricordate nelle precedenti leggi. Questo sarebbe il vero significato di quel passo, su cui appoggiansi i difensori della prima opinione. GIUSTINIANO non direbbe quindi che debbono essere ammessi soltanto i casi che espressamente sono contenuti nella sua legge, ma egli direbbe soltanto: *quae in huius constitutionis*

uris civ. (Lutet. 1553 fol.) tom. II lib. IX cap. 1 pag. 716. — *Hub.* GIPHANIUS in *Explanat. difficilior. legg. Cod. Inst. ad Auth. Non licet Cod. de liberis praeterit.* pag. 70 seg. — *Ger.* NOODT, *Commentar. ad Paul. h. t. § In posteriore mihi persuadeo* tom. II *Operum* pag. 160. — BRONCHORST, 'ΕΡΧΕΤΙΟΓΥΝ. centur. III assert. 26. — *Henr.* ZOESIUS in *Commentar. ad Institut. tit. de exheredit. liberor.* n. 10. — *Luc. van de POLL*, cap. 86. — *Iac.* RAVE, s. *Christ. Frid.* GEUSSEHAINER, *Commentat. de interpretatione* cap. III Novella 115 (Jenae 1765) § 10. — *OVERBECK*, *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* vol. I meditat. 54, e *BOOCK*, *Syst. Entwicklung der Lehre von der Enterbung* § 20 pag. 61.

¹²⁾ *FACHINAEUS*, *Controv. iuris* lib. VI cap. 78. — *HUBER*, *Praelect. ad Institut.* lib. II tit. 13 n. 10. — *VINIUS*, *Commentar. ad princ. I. de inoff. testam.* — *VOET*, *Comment. ad Paul. h. t. § 24.* — *FINESTRES*, *Praelect. Cerrar. ad tit. Dig. de lib. et postum.* parte IV cap. 3 § 11 seg. — *Corn. van BYNKERSOEK*, *Observation. iuris Rom.* lib. V cap. 5 § *Accel. lit.* tom. II pag. 11 seg. (edit. HEINECC., Francof. et Lipsiae 1739). — *Alex. POLITUS*, *de patria in testamentis condendis potestate* lib. I cap. II § 5 seg. (tom. I *Thes.* MEERMANN, pag. 246). — *WESTENBERG* in *Dig. h. t. § 39.* — *Dan.* NETTELBLADT, *Dissert. de decisione casuum secundum analogiam* (Hallae 1751) cap. I § 5 in Schol. — *WALCH*, *Introduct. in contrav. iuris* sect. II cap. IV membr. II § 19 pag. 212. — *WESTPHAL*, *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* § 558. — *SCHMALZ*, *Handbuch des röm. Privatrechts* § 425. — *HÖPFNER*, *Commentar über die Heineccischen Institutionen* § 480. — *HOFACKER*, *Princip. iuris civ.* tom. II § 1696 in fine. — *MALBLANC*, *Princip. iur. Rom. ord. Dig. tit. de liberis et postum.* § 700, e *GAMBSJAEGER* in *Diss. de testamento inoff.* parte III § 13.

serie continentur, quindi non sarebbero esclusi quei casi che possono esser dedotti, mediante un'esatta interpretazione, dallo spirito della legge. Ascrivonsi pertanto

I. alle cause per le quali i figli possono essere diseredati anche i seguenti casi:

1) quando il figlio commette incesto con la sua madre corporale, poichè ciò è anche più grave che se egli ha commercio con la matrigna;

2) quando egli trascorre con la fidanzata di suo padre;

3) quando i figli stessi hanno lasciato porre in prigione i genitori a cagione di debiti. Poichè ciò è anche peggiore che se i figli abbiano soltanto tralasciato di liberare i genitori dalla prigione sulla loro richiesta di fideiussione.

4) Quando il figlio stesso non accusa il padre, ma appoggia con prove l'accusatore di lui; o quando i figli depougono spontaneamente contro i genitori in una causa criminale.

5) Quando i figli stessi non son trascesi a vie di fatto contro i genitori, ma non hanno impedito che un terzo li maltratti con battiture, mentre avrebbero potuto recare aiuto a loro.

6) Quando il figlio si unisce ad una società di ladri. Anzi si vogliono comprendere tutte le società di gravi malfattori sotto il concetto di *malefici* ¹³⁾.

7) Quando il figlio ha commercio con la sua sorella carnale. Poichè sarebbe una *gravissima iniuria* contro il padre ¹⁴⁾, la quale meriterebbe la diseredazione ¹⁵⁾.

8) Quando la figlia commette immoralità col patrigno, perchè questo sarebbe un caso simile a quello ricordato nella legge in cui il figlio ha commercio con la sua matrigna ¹⁶⁾.

9) Quando un figlio ha voluto costringere i genitori a fare un

¹³⁾ Vedi WESTPHAL nella citata *Theorie* § 563 pag. 424.

¹⁴⁾ § 1 I. *de iniur.* [4, 4].

¹⁵⁾ FINESTRES, *Praelect.* loc. cit. § 5 pag. 123 seg.

¹⁶⁾ HÖPFNER, l. c. — WESTPHAL, l. c., e GRIESINGER nel *Commentar über das Würtemb. Landrecht* vol. 6 pag. 436. Ma si veda contro *God. Lud. MADHIN, Princip. iur. Rom. de success.* § 139 n. 1.

testamento a suo vantaggio ¹⁷⁾. Sarebbe da ritenere un caso simile a quello dell'impedimento a testare, di cui parla la legge.

10) Quando i figli non abbiano impedito la tentata insidia di un terzo alla vita del loro padre o della madre, mentre pure avrebbero potuto impedirla ¹⁸⁾.

11) Quando i figli non si presero cura dei loro infermi genitori, cui mancava la necessaria cura, ma li abbandonarono, cosicchè avrebbero dovuto restarne privi, se degli estranei per compassione non si fossero curati di loro ¹⁹⁾.

II. Alle cause, per cui i genitori possono essere diseredati, si vogliono ascrivere anche le seguenti:

1) Quando il padre o la madre abbiano attentato alla vita del coniuge del figlio testatore, poichè ciò insegna l'analogia della seconda e quinta causa di diseredazione, dovendosi interessare un coniuge per l'altro così, se non più, come pei suoi veri genitori ²⁰⁾.

2) Quando la madre ha commesso immoralità col suo figliastro. Qui, dicono i difensori della interpretazione estensiva, essa può essere diseredata dalla sua figlia maritata al medesimo, appunto per l'istesso motivo, pel quale il padre può essere diseredato quando abbia trascorso in tal guisa con la moglie di suo figlio ²¹⁾.

Niuno vorrà negare per certo che i casi qui adottati racchiudano una prova egualmente grande d'ingratitude ed una così sensibile offesa pel testatore, come quelli che il legislatore ha espressamente nominato. Ma se perciò spetti al giudice la facoltà di estendere la legge è tal questione che in seguito alle citate parole del legislatore dovrebbero piuttosto decidere negativamente che affermativamente. GIUSTINIANO dice affatto chiaramente che egli ha ritenuto necessario di riunire insieme e determinare nominatamente nella sua legge le cause

¹⁷⁾ FINESTRES, l. c. § 13 in fine.

¹⁸⁾ LL. 2 e 6 D. *ad leg. Pompeiam de parricid.* GRIESINGER, l. c. pag. 436.

¹⁹⁾ WESTPHAL, § 505 in fine pag. 427, si appoggia alla L. 3 D. *de his quae ut indign.*

²⁰⁾ Vedi GRIESINGER, l. c. pag. 452 seg.

²¹⁾ HÖPFNER, l. c. — GRIESINGER, l. c. Ma si veda MADIHN, *Princip. iur. Rom. de succes.* § 139 n. 1, dove è rimasto *socero* invece di *genero* anche nella più recente edizione.

di esclusione degli eredi necessari, perchè esse erano disperse e neppure determinate con sufficiente chiarezza in parecchie leggi, alcune di quelle poi neppure abbastanza importanti, altre importanti invece erano state completamente trascurate. Chiaramente dunque l'imperatore non solo ha avuto riguardo a quelle cause, che già erano determinate nelle più antiche leggi, ma anche alle più importanti contenute in queste. Tutte le ha riunite e non vuole assolutamente, che da queste cause infuori, che sono state citate per ordine nella sua legge, altre pure abbiano luogo. Poteva GIUSTINIANO vietare più chiaramente la estensione delle medesime ad altri casi simili, anche se dovessero essere più importanti? Certo vide pure l'imperatore che si possono forse configurare altri casi, a cui si sarebbe potuto aver riguardo. Ma se avesse voluto permetter che la legge fosse estesa a questi, si sarebbero potuti temere quegli eccessivi arbitrii, che egli voleva impedire con la sua legislazione. Motivo sufficiente perchè egli in pari tempo dovesse vietare ogni estensione. Non si dica dunque più che una stretta interpretazione della legge darebbe occasione ad assurdi e inconseguenze. Di ciò si potrebbe parlare soltanto allora che il legislatore avesse formolato tal divieto con le parole che egli non vuole che si estenda mai la sua disposizione ai casi eguali o più importanti trascurati, come il signor professore THIBAUT ²²⁾ giustamente ha osservato. Rimane dunque impregiudicato al giudice ragionevole di prendere la via di una interpretazione autentica e col sussidio di questa far prevalere la sua opinione. Se si accolga invece come massima fondamentale, che per cause eguali o anche più importanti sia ammissibile qui pure una estensione, certamente anche il giudice irragionevole e leggero troverà i suoi motivi eguali, simili e anche più forti. Ora si dica come può esser raggiunto lo scopo del legislatore, il quale, come egli stesso soggiunge, è diretto a questo: *ut tam parentes, quam liberi a testamentorum iniuria liberarentur*. Pertanto solamente ciò che secondo le parole e il linguaggio forense può esser compreso nella Novella, appartiene ad essa e devesi riguardare come

²²⁾ *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* § 13 Nr. 5 pag. 72. Si cfr. anche THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* vol. 1 memoria 15 pag. 325 seg.

legittima causa di diseredazione, niun'altra, fosse pur simile o anche più grave, come esattamente insegnano *Heur. von Cocceji* ²³⁾, *Samuel von Cocceji* ²⁴⁾, *Madihn* ²⁵⁾, *Emminghaus* ²⁶⁾ e *Thibaut* ²⁷⁾. Perciò può essere diseredato il figlio, il quale lasciò maltrattare il padre da un terzo o da un terzo penalmente accusare ed appoggiò con prove l'accusatore o per mezzo di un terzo attentò alla vita del padre, perchè secondo il linguaggio giuridico l'atto del terzo nei ricordati casi è da considerare come atto del figlio e quindi questi casi sono veramente compresi sotto le parole della Novella. Però non possono in alcun modo esser comprese tra i *malefici* tutte le società di gravi malfattori ed esser tosto diseredato il figlio che vi si sia unito. Del pari non si può affermare che nella trascuranza di un *furiosus parens* sia compreso anche il caso che i figli abbiano lasciato privi di soccorso i genitori infermi, ma non pazzi, perchè si deve ammettere che il legislatore avrebbe saputo distinguere il *furor* da ogni altra malattia e non avrebbe ripetuto così spesso questa parola, se avesse avuto l'opinione di comprendere con la medesima ogni altra malattia nella quale i genitori abbisognano dell'altrui soccorso.

Inoltre per ciò che riferisci:

B) alla diseredazione in buona intenzione, essa ha luogo:

1) secondo le leggi delle Pandette principalmente in due casi,

a) quando i figli sono colpiti da infermità di mente o prodighi. Tali figli possono essere in buona intenzione diseredati dai genitori soltanto quando questi istituiscano eredi i loro nipoti e lascino a quelli i necessari alimenti ²⁸⁾. Non è necessario che il figlio diseredato sia stato giudicialmente dichiarato prodigo e basta che tale lo abbia ritenuto il testatore ²⁹⁾. Se il padre avesse motivo di temere

²³⁾ *Diss. Quae sit genuina resolutio controversiae circa causas exheredationis liberorum?* (Francof. ad Viadr. 1717) cap. 2.

²⁴⁾ *Ius. civ. contror. h. t. qu. 13.*

²⁵⁾ *Princip. iur. Rom. de succession. § 139 n. 3 pag. 168.*

²⁶⁾ *Ad Coccejum, l. c. nota r tom. I pag. 451.*

²⁷⁾ *Theorie der logischen Auslegung des R. R. § 13 pag. 73.*

²⁸⁾ L. 12 § 2 D. *de bonis libert.* [38, 2], L. 16 § 2 D. *de curat. furiosi* [27, 10].

²⁹⁾ L. 16 § 2 D. *de curat. furo.* Vedi *Nic. Catharini, Observation. et Coniecturar. lib. III cap. 36* (in *Meermann, Nov. Thesaur. iur. civ. et canon. t. VI pag. 788*) o *Pothier, Pandect. Inst. tom. II tit. de curat. furioso dando n. III pag. 166.*

che il figlio prodigo diseredato potesse un giorno privare la sua prole dei beni ereditari, sarebbe anche autorizzato ad istituire pur questi suoi nipoti sotto la condizione che siano emancipati dal padre o a diseredarli *provido consilio* nel caso opposto ³⁰⁾.

b) quando i figli sono tuttora impuberi e il padre teme che il patrimonio lasciato ad essi possa cadere in mani poco sicure, può *bona mente* diseredare tali figli, purchè soltanto ingiunga agli eredi istituiti di prendersi cura di quelli durante la loro impubertà e di restituire loro, come un fedecommesso, l'asse ereditario, raggiunta la pubertà ³¹⁾.

Se la diseredazione in buona intenzione sia da restringere soltanto a questi due casi è questione su cui molto si controverte. A'cuni ³²⁾ rispondono affermativamente, altri invece, e più a ragione, negativamente ³³⁾. Invero le particelle sempre ricorrenti nelle citate leggi *utputa* e *utputa pone* dimostrano a sufficienza che i casi sopra osservati vengono adottati soltanto a modo d'esempio. Pertanto una diseredazione in buona intenzione può verificarsi in ogni altro caso, nel quale sia pericolo che l'erede necessario, quando gli si volesse lasciare l'eredità, sarebbe danneggiato o per la sua propria condotta o pel modo di agire di altri verso di lui. Questa opinione è ricevuta anche in pratica ³⁴⁾. Quindi oggidì un padre può diseredare anche il suo figlio oberato e provvederlo soltanto del conveniente mantenimento, quando suppone che per l'imminente concorso dei creditori, la eredità non gioverebbe affatto al figlio, ma verrebbe sequestrata da questi ³⁵⁾ r).

³⁰⁾ L. 16 § 2 D. cit.

³¹⁾ L. 18 D. *de lib. et postum.* [28, 2], L. 12 § 2 *de bonis libert.* L. 25 C. *de inoff. test.* [3, 28].

³²⁾ WERNHER, *Observat. for.* tom. I parte I obs. 312.

³³⁾ *Frid. Gottl. ZOLLER, Diss. de exheredatione bona mente facta* (Lipsiae 1769) § 3. — *Io. SCHULTE, Diss. de exheredatione bona mente* (Goettingue 1774) sect. II § 14. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte 2 § 916.

³⁴⁾ CARPZOV, *Iurisprud. for.* parte III const. 8 definit. II. — PUFENDORF, *Observat. iuris univ.* tom. I obs. 192 § 3. — HOFACKER, *Princip. iur. cir.* tom. II § 1702.

³⁵⁾ VOET, *Comm. ad Pand. h. t.* § 22. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. V spec. CCCLVIII med. 2 specialmente FROMMANN in *Diss. de exheredatione bona mente facta* parte 6 o STRYCK, *Us. mod. Pand. tit. de lib. et postum.* § 9.

r) Lo SCHMIDT nella sua completa monografia sulla diseredazione a buon fine nello *Archiv für die civilist. Praxis* LIV (N. F. IV) pag. 374-375 enuncia tre casi testuali in

Ma tale diseredazione sarebbe conforme anche al diritto giustiniano? Dovrà realmente ammettersi anche dopochè GIUSTINIANO ha fissato le cause di diseredazione dei figli e dei genitori? Parecchi giureconsulti lo vogliono negare ³⁶⁾ e questa opinione non è priva di gravi argomenti a suo favore. Prima di GIUSTINIANO potevasi difendere anche tale diseredazione, poichè il decidere della ammissibilità di una diseredazione riguardo ai motivi era rilasciato al criterio del giudice. Potevasi quindi far valere una diseredazione, in cui il testatore non avesse in mente la punizione, ma il vero vantaggio del diseredato. Invero chi poteva rimproverare una diseredazione di tal genere come inofficiosa ed ingiusta? Ma GIUSTINIANO volle porre limiti ad ogni arbitrio del giudice, poichè nella Novella 115 cap. 3 e 4 fissò certe cause di diseredazione e proibì ogni loro estensione. Si aggiunga a ciò che la legittima secondo le recenti costituzioni dell'imperatore GIUSTINIANO non può essere onerata in alcuna guisa; quindi neppure il semplice vantaggio previsto può autorizzare i genitori a diseredare i loro figli, poichè qualsiasi diseredazione ha in sè qualche cosa di odioso, e il previsto vantaggio dei figli ha per fondamento una *exceptio de iure tertii*, il quale tutt'al più può diventare un motivo per questi ultimi di non impugnarla, ma non può mai sottrarre i genitori alla loro incondizionata obbligazione di lasciare ai figli la dovuta legittima.

Nulladimeno la maggior parte dei giureconsulti ³⁷⁾ afferma e, come

³⁶⁾ HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.* vol. V obs. 652. — *Lud. God. MADHIN, Princip. iur. Rom. de succession.* § 149 e *Frid. Andr. MÜLL, Diss. exheredationem bona mente factam iure noviori non amplius admittendam esse* (Francofort. ad Viadr. 1800).

³⁷⁾ STRYCK, *Us. mod. Pand.* lib. XXVIII tit. 2 § 11. — HUBER, *Praelect. ad*

cui essa è ricordata a mo' d'esempio, che coincidono con quelli addotti dal Glück. Stabilisce poi esser pienamente giustificato il principio generale che una siffatta diseredazione era ammessa nel diritto classico tuttavolta che dalle circostanze di fatto apparisse che era avvenuta in vantaggio del diseredato. Anzitutto il giudicare di ciò spettava al testatore, ma, sorta contestazione per parte del diseredato o del suo rappresentante, la decisione definitiva era pronunziata dal tribunale centumvirale (durato almeno, come sembra, sino al IV secolo: KELLER, *Civilpr.* § 6, senza che si possa tuttavia escludere che continuasse sino alla caduta dell'impero d'Occidente. Cfr. WALTER, *Röm. Rechtsg.* § 658), poi da altro competente

io credo, con più fondamento che la esclusione di un erede necessario in buona intenzione potrebbe oggi pure avvenire in modo valido, senza che tale testamento fosse da ritenere inofficioso. Invero la Novella 115 non contiene alcuna parola per cui debbasi intendere abolita una diseredazione di tal genere; l'intero contenuto della Novella mostra piuttosto che GIUSTINIANO non pensò neppure lontanamente a tal sorta di diseredazione. Essa stabilisce le cause, per le quali deve essere permesso di punire con la diseredazione figli o genitori per ingratitudine ed oblio dei propri doveri e riconosce come legittimi motivi di diseredazione soltanto quei gravi trascorsi, che eccitano il testatore ad una giusta vendetta e meritano a buon diritto quella punizione. Quando pertanto GIUSTINIANO dice che la diseredazione debba aver luogo soltanto per le cause da lui indicate nella Novella 115 e non per altre, ciò tanto meno è da applicare alla *exhereditio bona mente facta*, in quanto questa non è fatta per punizione, ma per vantaggio del diseredato. Similmente, le nuove costituzioni dell'imperatore GIUSTINIANO, secondo le quali la legittima non deve essere in alcuna guisa onerata, non possono essere applicate a questa specie di diseredazione. Come infatti avrebbe potuto essere collocata in caso diverso la L. 25 C. h. t. accanto alla L. 32 C. *cod.* se gli eredi necessari non avessero dovuto accondiscendere ad una gravanza neppure nel caso che con ciò il testatore ebbe di mira il loro interesse, come in specie molto bene ha mostrato BARRY³⁸⁾. Per questa opinione sta anche l'odierno uso del foro, come attestano i frequenti esempi che di tale specie di diseredazione troviamo negli

Institut. tit. de inoff. testum. § 13. — FINESTRES, *Praelect. Cervar. ad Tit. Paul. de lib. et postum.* parte IV cap. 3 § 15. — OSIUS AURELIUS, *Dispunct. 11 adversus MERILLIUM.* — REINHARTII, *Diss. de eo quod iustum est circa exheredationem bona mente* §§ 32 e 33. — SCHULTE, *Diss. cit. sect. II* § 17. — WESTENBERG, *Dig. h. t.* § 42. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1702 nota c. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte 2 § 916 e dello stesso *Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts* pag. 95.

³⁸⁾ *De successionib.* lib. XVI n. 7. Si veda anche LINCK, *Diss. de exheredatione bona mente facta* § 23. Perciò è inesatto WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* § 414 in fine pag. 308 quando afferma che la cit. L. 25 sia abolita mediante la L. 32 C. h. t.

scritti dei più sperimentati giureconsulti pratici ³⁹⁾, i quali pongono fuori di dubbio la odierna validità di essa ^{s)}.

³⁹⁾ BÖHMER, *Consultat. et Decis.* tom. II parte I resp. 672 e parte II dec. 853. — LEYSER, *specim.* CCCLVIII med. 4 seg. — SANDE, *Decision. aureae* lib. IV tit. 2 def. 3. — REINHARTII, *Select. Observation. ad CHRISTINAEI, Decisiones* vol. I obs. 192. — BERUER, *Oecon. iuris* lib. II tit. 4 Th. 14 nota 3.

s) Anche su questo punto è accettabile l'opinione del GLÜCK. Tuttavia, essendo stata dopo di lui nuovamente ed ampiamente discussa la questione della esistenza della *exhereditatio bona mente* dopo la Novella 115, gioverà far cenno della disputa, molto più che i pandettisti non ne trattano sempre abbastanza. Si veda infatti come in questo argomento è arido il VANGEROW, *Pand.* § 487 per solito così copioso. E siccome il GLÜCK è ricorso lodevolmente così spesso ai Basilici, talora troppo dimenticati nelle trattazioni a lui posteriori, vogliamo trarne vantaggio qui pure, osservando insieme a ZACHARIAE v. LING. *Gesch. des griech. Röm. Rechts* (2.^a ediz. Berlino 1877) pag. 145 che DOROTEO e l'anonimo sembrano ammettere la *exhereditatio bona mente* dopo la Novella 115. Cfr. i loro scolii Bas. HEIMB., III pag. 773. Del resto anche Cirillo SCH., *ὡς ἐπὶ πατρὶ* ad Bas. XXXVIII, 10, 16 HEIMB., l. c. mostra di credere la Novella 115 relativa soltanto ai figli ingrati (*ὁ περὶ ἀχαριστῶν παίδων νεαρῶν*).

Per la incompatibilità della *exhereditatio bona mente* con la Novella 115 si schierarono dopo il GLÜCK, BLUNTSCHLI, *Erbfolge gegen den letzten Willen* pag. 233; UNTERHOLZNER, *Archiv für die civilist. Praxis* II pag. 52, ZIMMERN nella stessa Rivista VIII pag. 153. Ma soprattutto devesi considerare qui come rappresentante autorevole di questa opinione il FRANCKE, *Das Recht der Notherben* § 34. Anzi egli non solo si limita a negare la validità della *exhered.* suddetta dopo la Novella 115, ma asserisce che « come risultato della sua ricerca apparirà che la usuale teoria è scaturita da equivoci e da arbitrii nè può esser basata sulle nostre fonti nè sui principii generali di diritto. » O. c. pag. 422. Così che non sarebbe un istituto giuridico neppure nel diritto classico. Una convincente critica delle argomentazioni del FRANCKE fu fatta già dal MÜHLENBRUCH nella continuazione di quest'opera vol. XXXVII § 1425 e specialmente pag. 397 e seg. del testo ted. È da vedere anche SCHMIDT nella monografia citata nella nota precedente. Del resto sarebbe un equivoco assai strano, poichè la diseredazione a buon fine fu ammessa come vero e proprio istituto del diritto comune. Cfr. BARTOLUS, ad L. 39 D. *de vulg. et pup. subst.* [28 6], BALDUS ad L. 3 § 3 *de usuris* [22 1], CUIACIO ad L. 18 D. *de lib. et post.* [28 2], e ad L. 47 D. *de bon. lib.* [38 2]. Riguardo ai nostri decidenti basterà ricordare il MANTICA e il MENOCHIO (citati anche dal GLÜCK in nota 50 e da me più sotto). E le citazioni che lo SCHMIDT l. c. pag. 378 e seg. fa per dimostrare che la *exhereditatio bona mente* è un istituto vigente nel diritto comune tedesco valgono in gran parte anche per noi, poichè, secondo un processo ormai noto, la giurisprudenza tedesca al secolo XVI (quando conforme a ciò che insegna anche lo STINTZING, *Gesch. der deutsch. Rechtsw.* II si formava una giurisprudenza tedesca) lavorava sulla base dei decidenti italiani.

Teoricamente è sempre vero quello che osserva il STINTZING, *Dar prakt. gemeine Recht* III § 197 Anm. 24, accogliendo la *exhered. b. m.*, che dopo la confutazione del MÜHLENBRUCH sembra che l'idea del FRANCKE non abbia proseliti. Infatti ammettono quella specie di diseredazione, come tuttor vigente nel diritto giustiniano, ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 603 (il primo anche nei *Civilist. Schriften* II pagine 576 e 669), il WAECHTER, *Pand.* § 331, il KELLER, *Pand.* (ediz. LEWIS), § 515, il BRINZ, *Pand.* III (2.^a ediz. Emlangen 1886) § 379, il DERNBURG, *Pand.* III § 153, il WENDT, *Pand.* § 363, ecc.

2) Riguardo alle persone che in buona intenzione possono essere diseredate,

Quali sono i principali argomenti addotti dal FRANCKE a sostegno della sua demolizione della *communis opinio*?

Il suo modo di attacco si può chiaramente vedere da ciò che dice intorno alla L. 18 D. *de liberis et post.* qui fondamentale. ULPIANO ivi osserva: « Multi non notae causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, utputa impuberibus eisque fideicommissam hereditatem dant ». Questo passo (FRANCKE, op. cit. pag. 425) non conterrebbe altro che la semplicissima osservazione che non ogni *exhereditatio* è fatta per punire nè sempre a cattivo fine, ma anche qualche volta a buon fine come, per esempio, quando si tratta di un impubere a cui poi si fa restituire l'eredità dal fiduciario. « Ma certo non si ha alcunchè di singolare in questo fatto ». Insomma non vi sarebbe una figura giuridica a sè di *exhereditatio bona mente*: in quasi tutti i passi delle fonti, sui quali si è voluto basare la *exhereditatio bona mente* si avrebbe bensì una diseredazione, che si può chiamare, se si vuole, a buon fine, ma il solo motivo è questo che al diseredato era stata lasciata legittima. Uno poi di questi passi (L. 12 § 2 D. *de bonis libert.* [38 2]) non indicherebbe altro che qui l'erede necessario era stato escluso per un legittimo motivo. Quindi niente proverebbe che tali passi siano rimasti nelle Pandette e nel Codice e debbonsi invece coordinare a tutto il sistema della successione ereditaria necessaria, quale ci appare nel diritto giustiniano. Nè la Novella 115 ammetterebbe diseredazione alcuna senza uno dei motivi ricordati dalla legge. Del resto per il FRANCKE la *exhereditatio bona mente* non solo non esiste che nella fantasia degli interpreti, ma anche esistendo, non sarebbe un istituto giuridico nè necessario, nè utile. Di ciò torneremo a parlare più sotto.

Il MÜHLENBRUCH confuta passo per passo le interpretazioni del FRANCKE e crediamo utile farne breve cenno, tenendo conto anche della esegesi che lo SCHMIDT fa dei passi medesimi.

1) L. 18 D. *de lib. et post.* Qui il FRANCKE sostiene che la nomina di un fiduciario nell'interesse dell'impubere non è necessaria. Ma il MÜHLENBRUCH giustamente osserva che nessuno ha sostenuto la *necessità* di questa disposizione: trattasi invece di *utilità* del pupillo, tanto maggiore quanto più non basterebbe allo stesso scopo l'istituto della tutela. Dal confronto di questi due istituti *exhereditatio bona mente* dell'impubere con obbligo di restituzione fedecommissaria e tutela scaturisce la maggiore opportunità della prima nel caso in esame. Così anche SCHMIDT, loc. cit. Del resto il giureconsulto dice nel nostro passo in tesi generale che molti diseredano i figli *ut eis consulant* e la istituzione del fedecommissario non viene addotta come condizione indispensabile, ma come esempio del principio generale.

2) L. 25 C. *de inoff. testam.* Il FRANCKE cerca spiegare questo passo nel senso che ai figli possa esser lasciata l'intera eredità pel tempo che essi saranno in grado di acquistarla per sè medesimi. Ne deduce poi la conseguenza che esigendo il nuovo diritto incondizionata istituzione dei figli anche per parte della madre, la L. 25 citata non può più considerarsi vigente. Ma osserva il MÜHLENBRUCH che questa spiegazione è inammissibile. Dalla L. stessa emerge che la disposizione della madre è stata motivata da sfiducia verso il marito e per provvedere all'interesse dei figli. Gli imperatori negano che il padre che non ha emancipato i figli, istituiti appunto *sub condicione emancipationis*, possa essere riconosciuto *bonorum possessor cum re*, che abbia cioè una *b. possessio* valida (cfr. sulla frase *cum re* da intendersi in questo senso LEIST, *Bon. possess.* vol. 2 sez. 2.^a pag. 71 = Bas. ἐνδουλεύωσι). Anzi il MÜHLENBRUCH ritiene che in questo caso il padre poteva esser costretto ad emancipare i figli. Tale è la spiegazione anche dello scoliaste bizantino ad Bas. XXVIII 10, 16 e Bas. XXXIX, 1, 50.

a) è fuori di dubbio che i genitori possono valersi di siffatta diseredazione relativamente ai figli e non si fa qui alcuna di-

A ragione mi sembra che lo SCHMIDT, l. cit. pag. 372 nota 48 osservi che tale non era la intenzione degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, poichè essi riscrivono semplicemente che non spetta al padre la *querela inofficiosi* in nome dei figli perchè la disposizione della testatrice fu fatta a buon fine, non per recare un torto ai figli.

3) L. 16 D. *de B. p. c. t.* [37 4]. POMONIO fa il seguente caso: un padre aveva emancipato suo figlio e trattenuto nella propria potestà il figlio del figlio. Il figlio aveva fatto un testamento ed istituito ivi un erede estraneo imponendogli il fedecommesso di restituire l'eredità al figlio appena fosse stato liberato dalla potestà dell'avo. All'avo, cui è rimasta la potestà sul nipote, spetterà la *B. poss. c. t.*? POMONIO risponde negativamente perchè la persona dell'avo è sospetta: *si suspectus avus sit, quasi consumpturus bona nepotis*. Dunque si ha una diseredazione valida, perchè a buon fine. Secondo il FRANCKE qui non sarebbe da ravvisare che un caso in cui al padre son tolti per sicurezza del figlio i diritti di amministrazione e di usufrutto. Anzi tale disposizione sarebbe omai inammissibile nel diritto giustiniano in base alla Novella 117 cap 1. Ma su qual fondamento si appoggia l'opinione del FRANCKE che qui il nipote potesse chiedere da sè medesimo e per sè la *B. p. c. t.*? Ciò del resto non ha direttamente che fare con la questione principale.

4) L. 12 § 2 D. *de bonis libert.* [38, 2]. Di regola il diseredato dall'eredità paterna era diseredato anche dall'eredità dei liberti del padre, ma gli restava questo diritto se non avesse meritato la diseredazione o fosse stato diseredato *bona mente*. Il FRANCKE nega che si riconosca qui lo speciale istituto di cui trattiamo: il passo significherebbe soltanto che l'erede necessario, il quale meritò la diseredazione, ha perduto il suo diritto anche verso i liberti del padre. Il fr. dice: « Si quis non mala mente parentis exheredatus est, sed alia ex causa, exheredatio ipsi non nocet, etc. ». A torto in questo *exheredare ex alia causa*, osserva il FRANCKE, si è veduto qualche cosa di particolare ed una diseredazione col fine di recare al diseredato un vantaggio maggiore che istituendolo erede ». Non si sarebbe pensato che allora il padre poteva validamente diseredare il figlio per qualsivoglia motivo, purchè soltanto gli lasciasse in legato la legittima; il fr. niente più significherebbe che soltanto il diseredato a titolo di pena, non quello arbitrariamente diseredato per ogni altro motivo, avrebbe perduto il suo diritto contro i liberti del padre. Ma non si deve considerare questo passo disgiuntamente da tutti gli altri da cui emerge il concetto di una *exhereditio bona mente*. Le espressioni concordano così che sarebbe assai strano che qui non vi fosse niente di speciale, oltre i generali principi sul diritto ereditario necessario.

5) L. 16 D. *de curatorib. furioso et aliis dandis* [27, 10]. Il passo non è così vizioso come si vuol far credere. Il FABER, *Jurispr. Papin.* tit. XII princ. III illatio XIII, secondo il suo costume, crede che vi si contenga un lungo emblema di TRIBONIANO dalle parole *sed utrum* fino alla fine del § 1. Anche il FRANCKE crede che il § 3 sia stato interpolato dai compilatori giustiniani. Niun giurista romano, dice esso, avrebbe negato ai tribunali la cognizione intorno alla esistenza della prodigalità del figlio, di cui qui trattasi e anche il latino non è quello dei giuristi classici. Ma vediamo il caso. Quando un padre nomina nel testamento un curatore pel suo figlio infermo di mente o prodigo, il pretore deve rispettare la volontà paterna e confermare il curatore; così assicura il patrimonio ai nipoti. Ma, seguita poi TRIFONINO, « potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos iussisset heredes esse, et exheredasset filium, eique quod sufficeret alimentorum nomine ab iis certum legasset, addita causa necessitateque iudicii sui, etc. ». Il FRANCKE vuole spiegare quel *quod sufficeret* nel senso di *quantum*

stinzione se questi siano tuttora o non più sotto la patria potestà ⁴⁰⁾. Tale diritto spetta non pure al padre, ma alla madre ⁴¹⁾. Siccome tuttavia questa specie di diseredazione non è in alcun luogo assolutamente limitata ai figli, ma piuttosto le leggi quando li ricordano, parlano soltanto a modo d'esempio e del caso più frequente, essa può aver luogo indubbiamente, anche

b) relativamente ai genitori, poichè quando questi sono infermi di mente o prodighi o oberati, ricorre un eguale motivo, per cui ai figli può essere permesso di diseredare i loro genitori *bona mente*. Dal momento che il figlio può essere costituito curatore dei suoi genitori ⁴²⁾, perchè non dovrebbe essere autorizzato a provvedere al loro meglio mediante una diseredazione a buon fine? ⁴³⁾. È invece più controverso

c) se possano essere diseredati *bona mente* anche i fratelli e le sorelle, cui sia stata preferita una *persona turpis*? La maggior parte dei giureconsulti ⁴⁴⁾ stanno per l'affermativa. Ma da un lato prefe-

40) L. 16 § 2 D. *de curat. fur.*

41) L. 3 § 3 D. *de usur.* [22, 1], L. 25 C. h. t.

42) L. 12 § 1 D. *de tutor. et curat. dat.* [26, 5], LL. 1, 2 e 4 D. *de curat. furios.* — *Christ. Inst.* CRELL, *Observation. de filio patris aut matris curatore* (Vitembergae 1754).

43) REINHARTI, cit. *Diss.* § 29. — LINCK, cit. *Diss.* § 9. — AYRER, *Diss. de iure parentum legitimam liberorum bona mente gravandi* § 20. — SCHULTE, cit. *Diss.* sect. II § 15 e GAMBSJAEGGER, cit. *Diss. de testamento in specie inofficioso* parte III § 4.

44) LINCK, cit. *Diss.* § 9. — ZOLLER, cit. *Diss.* § 2 pag. 9. — SCHULTE, cit. *Diss.* § 15 pag. 33 seg. — HOFACKER, *Princip. iuris civ.* tom. II § 1702. — L'ultimo dice num. 1: « *Exhereditatio sic dicta bona mente facta, quae si vel a fratribus adeo, turpi instituta persona, in quam tamen omnem fiduciam suam collocat testator! proveniat, querela inofficiosi impugnari nequit.* »

sufficeret ad excludendam querelam. Quindi queste parole, anche non credendole interpolate da TRIBONIANO, non sarebbero una chiara conferma dello speciale istituto della *exhereditatio bona mente* nel diritto classico, ma rientrerebbero nel concetto generale che secondo questo si poteva arbitrariamente diseredare il figlio, ed escludere così la sua querela, purchè gli si lasciasse la legittima per qualsivoglia titolo. La confutazione anche qui diligente del MÜHLENBRUCH prova che non si può dimostrare la supposta interpolazione e che il passo di TRIFONINO è un'altra sicura testimonianza del nostro istituto.

rire ai fratelli e alle sorelle una turpe persona e quindi dall'altro, malgrado l'offesa, prendersi cura del loro meglio con una diseredazione a buon fine, troppo contrasta ai miei occhi perchè io possa cedere a questa opinione ⁴⁵). Il motivo che un fratello possa esser costituito curatore di collaterali infermi di mente o prodighi ⁴⁶), non può essere qui decisivo, dove una *turpis persona* non solo sarebbe preferita al fratello diseredato, ma anche inalzata in certo qual modo al grado di suo curatore.

Secondo il disposto di GIUSTINIANO pertanto i legittimi motivi di diseredazione dei discendenti ed ascendenti debbono essere nominatamente indicati nel testamento affinchè questo non debba essere impugnato ⁴⁷). Ciò appunto è richiesto anche quando la diseredazione sia fatta a buon fine. Molti giureconsulti ⁴⁸) vogliono ritenere che non vi sia tale necessità, ove soltanto l'erede possa dimostrare che la diseredazione torni realmente a vantaggio del diseredato. Ma questa opinione non è conforme alle leggi, richiedendo queste espressamente che adducasi un motivo anche per la diseredazione a buon fine ⁴⁹). E ciò è tanto più necessario, quanto più, diversamente, di niuna diseredazione potrebbesi presumere in caso di dubbio che sia stata fatta a buon fine ove non fosse dato riconoscere chiaramente tale intenzione nel testamento ⁵⁰); onde la validità giuridica di quella

⁴⁵) Con me concorda anche BOOK nella *Syst. Entwicklung der Lehre von der Enterbung* § 11 pag. 31.

⁴⁶) L. 4 D. *de legitim. tut.* [26, 4], L. 5 C. *de curat. fur.* [5, 70].

⁴⁷) Nov. CXV cap. 3 pr.: *Sancimus ne ullo modo patri aut matri, etc. filium suum aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo praeterire, aut exheredari liceat, nisi forte ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitude causas nominatim in testamento suo scripserint.* — Cap. 4 pr. *Sancimus, ne liberis parentes suos praeterire vel eos quocunque modo a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, plane excludere liceat, nisi causas, quas enumerabimus, in testamentis suis specialiter scripserint.*

⁴⁸) STRYCK, *Us. mod. Pand.* lib. XXVIII tit. 2 § 10. — MÜLLER *ad* STRUVII *Synt. iur. civ.* Exorc. XXXII Th. 35 nota β num. VIII. — FROMMANN, *Diss.* cit. § 5. — LINCK, cit. *Diss.* § 12. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1702 nota i. — WESTPHALS, *Theorie des R. R. von Testamenten* § 598.

⁴⁹) L. 3 § 3 D. *de usuris* [22, 1], L. 16 § 2 D. *de curator. furios.* [27, 10] dove dicesi: *addita causa, necessitateque iudicii sui.*

⁵⁰) MANTICA, *Coniectur. ultimar. volunt.* lib. IV tit. 13 num. 17. — MENOCHIUS, *De praesumptionib.* lib. IV praes. 28.

dipende dall'addotta causa ⁵¹⁾. Tale opinione ha anche a suo favore l'autorità della pratica ⁵²⁾.

L'erede deve essere pure in grado di dimostrare la verità dell'addotta causa se essa venga contestata. Per lo meno ciò è chiaramente ordinato nella Novella 115 cap. 3 e 4 quando trattasi di diseredazione per ingratitudine od oblio dei doveri. Nel cap. 3 dicesi, cioè, in fine: *Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam parentes in suo testamento inseruerint, et scripti heredes nominatum vel nominatas causas, vel unam ex his recram esse monstraverint, testamentum rim suam habere iubemus.* Ciò è appunto ripetuto quasi con le stesse parole alla fine del cap. 4 per la diseredazione dei genitori. È dubbioso se ciò sia applicabile anche alla diseredazione in buona intenzione. *Giovanni SCHULTE* ⁵³⁾ lo nega assolutamente. Questo è certo che GIUSTINIANO nella Novella 115, come già sopra è stato osservato, non pensava neppure lontanamente a tale specie di diseredazione. Pertanto la questione a chi spetti la prova in questa specie di diseredazione, propriamente deve essere decisa in base al precedente diritto. Ora SCHULTE afferma che secondo questo il diseredato *bona mente* deve assumere la prova in caso che voglia impugnare il testamento. Ciò perchè in primo luogo la prova di un'ingiusta diseredazione, prima di GIUSTINIANO è sempre ingiunta all'attore; in secondo tanto più deve spettargli nel caso nostro perchè nella diseredazione a buon fine la presunzione giuridica sta sempre contro il diseredato e questa getta su lui l'onere della prova. In terzo luogo ciò apparirebbe anche più chiaramente dal fatto che l'erede negando qui s'impegna nella lite: onde il diseredato dovrebbe

⁵¹⁾ REINHARTH, cit. *Diss.* § 24 b. — AYER, *Diss. de iure parentum legitimam liberorum bona mente gravandi* § 18. — SCHULTE, *Diss. cit. sect. II* § 13. — WALCH, *Introduct. in contror. iur. civ. Sect. II, cap. IV, membr. II* § 21 p. 214. — HUBER, *Praelect. ad Institut. tit. de inoff. test.* § 13. — GAMBSJAEGER, *Diss. cit. parte III* § 3. — BOOK, l. c. § 21 pag. 21 pag. 65 o THIBAUT, *System des Pandectenrechts parte 2* § 916.

⁵²⁾ PUFENDORF, *Observat. iuris univ. tom. I obs. 192* § 4. — *Frid. BÖHMER, Nov. ius contror. tom. II Obs. 62.* — *Fratr. BECMANNORUM, Consil. et Decision. parte I Consil. 40 num. 7 pag. 469.* — *BÖHMERS Auserlesene Rechtsfälle vol. I Resp. 31 num. 9.*

⁵³⁾ *Diss. de exheredatione bona mente Sect. II* § 18 pag. 42 seg.

dimostrare la falsità della causa già per questo, che essa costituisce il fondamento della sua azione. Ma a me sembra che questa opinione riposi su presupposti chiaramente inesatti; quindi ho scrupolo di aderirvi. In primo luogo è del tutto inesatto, che innanzi di GIUSTINIANO la prova spettasse senza distinzione al diseredato, quando egli impugnava il testamento come inofficioso. Essa gli era addossata soltanto quando la diseredazione fosse avvenuta assolutamente o per lo meno fosse fatto cenno solo in generale della ingratitudine. Qui l'attore doveva provare *immerentem se, et ideo et indigne praeeteritum vel etiam exheredatione summotum*, come dice MARCELLO ⁵⁴). Se invece un motivo era indicato nel testamento, già prima di GIUSTINIANO la verità di quello doveva essere provata dall'erede istituito perchè fosse rigettata la pretesa dell'attore ⁵⁵). La seconda ipotesi si doveva sempre verificare nella diseredazione a buon fine, come lo SCHULTE ⁵⁶) medesimo non contesta ed io ho dimostrato sopra più dettagliatamente. Secondo i principii del diritto precedente come poteva dunque essere addossata la prova all'attore in questa specie di diseredazione? Siccome dopo la Novella 115 non si fa più distinzione fra l'una e l'altra specie di diseredazione, ma in ambedue, secondo il disposto delle leggi, deve essere sempre nominatamente indicata nel testamento una legittima causa, deve pur valere lo stesso riguardo alla prova in ambedue. In secondo luogo non si può assolutamente affermare che nella diseredazione a buon fine la presunzione giuridica sia contro l'attore. Una prodigalità, che non sia stata giudizialmente dichiarata, può essere nel dubbio così poco presunta come una cessione del patrimonio del diseredato *bona mente* la quale non sia giudizialmente nota, e vien dimostrata dalla semplice testimonianza del testatore così poco come una ingratitudine del diseredato *mala mente* ⁵⁷). Se quest'ultima deve essere provata dall'erede istituito, perchè la

⁵⁴) LL. 3 e 5 D. h. t.

⁵⁵) LL. 22 e 28 in fin. C. h. t. Vedi *Car. Christ. HOFACKER, Diss. sist. histor. am iuris civ. de exheredatione et praeteritione* § 13 pag. 19.

⁵⁶) *Diss. cit. Sect. II* § 13 pag. 29.

⁵⁷) Si veda specialmente VOET, *Commentar. ad Pand.* tom. II lib. XXVII tit. 10 § 10.

presunzione è a favore dell'attore ⁵⁸⁾, lo stesso deve valere per la diseredazione *bona mente* †).

⁵⁸⁾ *Ge. Mich. de MEZGER, Diss. de onere probandi et causis quae litigantem ab eo immunem reddunt* (Altorfii 1800) § 22.

†) Prima di lasciare questo istituto della *exhereditatio bona mente* giova ricordare che essa è rimasta, attraverso al diritto comune, anche tra noi (Cfr. in specie, MANTICA, *De coniect. ult. volunt.*, lib. IV, tit. 13, n. 13-17. DE LUCA, *Dott. volg.*, lib. IX, capo 2, n. 3) sino alle odierne codificazioni Cf. *Dir. terr. pruss.* §§ 423, 425, 426 427, II, 2; *Cod. sass.* § 2577. (Per queste ed altre leggi particolari tedesche vedi SCHMIDT, loc. cit. pag. 393). Il Codice civile austriaco § 773 permette di diseredare gli eredi necessari che siano oberati o prodighi in modo che la legittima sia lasciata ai loro figli, ma solo allora che vi sia fondato motivo che la legittima sarebbe in caso diverso o totalmente o nella maggior parte sottratta a questi. Ma si ha qui una *exhereditatio bona mente* soltanto a vantaggio dei figli dello erede necessario. Nel diritto francese e così nello italiano non è possibile sottrarre per alcuna causa (eccetto la indegnità) ai legittimari la porzione indispensabile loro spettante. *Cod. civ. ital.* art. 808. Il testatore potrà prendersi cura degli interessi dello erede per mezzo della nomina di un esecutore testamentario, la cui amministrazione per quanto provvisoria, può avere confini abbastanza estesi (cf. BORSARI, *Comm. al Cod. civ.* III § 1970). D'altra parte il regime delle tutele e delle curatele oggi fa nutrire maggior fiducia di quello che in diritto romano che l'erede potrà esser così sorvegliato in caso d'infermità di mente o di prodigalità da non danneggiare se medesimo e i propri discendenti. La *exhereditatio bona mente* è quasi un'arma a doppio taglio, poichè se provvede agl'interessi del diseredato e dei suoi discendenti, talora toglie modo al primo di far fronte ai propri impegni e di rialzare le proprie condizioni economiche. Si pensi al caso della *exhereditatio bona mente* degli oberati: ad esempio, del figlio di un commerciante. Certamente i creditori non potevano impugnare questa diseredazione (cf. i molti citati da SCHMIDT, loc. cit. pag. 391 nota 129) e poco sforzo richiedesi per dimostrare che qui non si può neanche lontanamente parlare di *alienatio in fraudem creditorum*. Ma forse perciò non è offeso il credito che affluisce verso l'oberato calcolando anche sulle sue aspettative di eredità? In pari tempo la buona fede ne soffre. Ciò è tanto vero che il diritto territoriale del principato di Bamberga dell'anno 1769 aveva disposto che i creditori del diseredato *bona mente* potessero chiedere all'autorità giudiziaria di devolvere a loro profitto la porzione che sarebbe spettata al diseredato. *Bamb. L. R.* parte I app. II tit. 4 § V. L'individuo stesso deve saper condurre, se sano di mente, gli affari propri in guisa da non danneggiare la propria discendenza. Del resto questa idea della conservazione dei patrimoni dentro il cerchio della famiglia non è più molto efficace nel nostro sistema legislativo, dove hanno grande importanza i diritti dei terzi. La massa dei beni, oggetto di diseredazioni *bona mente*, fa pensare a quei beni fedecommissarij che finivano con essere *extra commercium* paralizzando il principio che i beni presenti e futuri di un debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori. Al diritto nostro (salvochè pel *beneficium competentiae*) convergono le osservazioni del FRANCKE, op. cit. pag. 442, pel caso che l'erede necessario riceva per legittima più dello stretto necessario in modo che sopravanzi i confini segnati dal *beneficium competentiae*: « Se la legittima dovesse ammontare a più (degli alimenti) o l'erede stesso avesse in altro modo da vivere, dovrebbero da un lato ritenere ingiusto che il testatore gli volesse diminuire la legittima che gli spetta e togliergli, contro la

Ogni esclusione di un erede necessario richiede inoltre, perchè sia valida, che in luogo del diseredato sia istituito in modo legalmente valido altro erede, per cagione del quale il testamento e con questo la diseredazione ivi avvenuta possano avere giuridica esistenza ⁵⁹⁾. Se pertanto il relinquente, senza nominare un erede, avesse detto soltanto in un codicillo: sia erede dopo la mia morte chi vuole, il mio figlio deve essere diseredato in ogni caso, questa diseredazione è invalida ⁶⁰⁾. Lo stesso vale pel caso che il padre abbia prima istituito il suo figlio e lo abbia quindi diseredato nello stesso testamento, senza nominare altro erede o sostituto ⁶¹⁾. La esclusione deve quindi avvenire assolutamente in un testamento in sè valido senza differenza se sia solenne o privilegiato ⁶²⁾. Molti giureconsulti ⁶³⁾ veramente

⁵⁹⁾ Ios. FINESTRES, *Praelect. Cervar. a l tit. Dig. de liberis et postum.* parte IV cap. 2 §§ 2 e 3 pag. 99 seg.

⁶⁰⁾ L. 3 § 2 D. *de liberis et postum.* [28, 2]. *Si ita eum exheredaverit: Quisquis mihi erit heres, filius exheres esto; ut IULIANUS scribit, huiusmodi exhereditatio vitiosa est.* Veramente le Pandette fiorentine leggono: *Quisquis mihi erit filius exheres esto.* Ma già CHARONDAS nella sua edizione delle Pandette (Antwerpiae 1575 f.) osservò che la lezione fiorentina è inesatta. Vedi anche Iac. VOORDA, *Interpretat. et Emendat'ion. iur. Rom.* lib. II cap. 18 pag. 187.

⁶¹⁾ L. 1 § 4 D. *de his, quae in testam. delent.* [28, 4]. — *Non quasi adempta (quoniam hereditas semel data adimi facile non potest) sed quasi nec data videbitur hereditas.* Vedi CUIACIUS, lib. XVII *Observation.* cap. 38. — Gilbert. REGIUS *Ἐναγχιόγραμ.* lib. II cap. II (in *Thes. iuris Rom.* di OTTO t. II pag. 1502). — FINESTRES, l. c. § 3 pag. 100.

⁶²⁾ GAMBSJAEGER, *Diss. de testamento in sp. inofficioso* parte III § 7.

⁶³⁾ MÜLLER *ad STRUVIUM*, Exercit. XXXII Th. 35 lit. β num. X parte II pag. 706. — LINCK, *Diss. de exheredit. bona mente facta* § 16. — FROMMAN, *Diss. de exheredit. bona mente* Th. 5, e ZOLLER, *Diss. de exhereditatione bona mente facta* § 8.

volontà di lui, la possibilità di pagare i proprii debiti, di figurare di nuovo agli occhi di tutti come onorevole persona e forse di ricostruire la propria fortuna col capitale nuovamente ricevuto ». Nel progetto di codice civile tedesco è conservato l'istituto della *exhereditatio bona mente* pei due casi tipici che ricorrono anche nel Codice civile austriaco. Cf. *Entwurf eines bürgerlich. Gesetz's.* § 2002. I compilatori esprimono nei *Motive* vol. V sul § citato la loro opinione e tentano una difesa dello istituto press' a poco con quegli argomenti con cui vien sostenuto dai vecchi giureconsulti. Campeggia l'interesse della famiglia e il valore etico di questa diseredazione. Ma il motivo principale è che quello istituto si può dire riconosciuto generalmente dal diritto positivo tedesco, se toglia la Baviera (cf. tuttavia SCHMIDT, loc. pag. 397); non volevano quindi i compilatori staccarsi soverchiamente dal diritto vigente.

sono d'avviso che una diseredazione a buon fine possa essere fatta anche in un codicillo, poichè anche una sostituzione pupillare fatta in un codicillo, mediante equitativa interpretazione può mantenere la sua validità almeno come fedecomesso ⁶¹⁾. Ma le leggi ⁶⁵⁾ dicono incondizionatamente che in codicilli non si può fare diseredazione alcuna, nè dalla sostituzione pupillare è lecito trarre alcuna valida conclusione per la diseredazione, perchè secondo la natura dei codicilli, i quali originariamente erano istituiti nei fedecomessi, la volontà del desunto di fare un'istituzione fedecommissaria si può presumere piuttosto nella sostituzione che nell'avvenuta diseredazione, come PAPILLONIUS ⁶⁶⁾ e PANCIBOLUS ⁶⁷⁾ insieme a molti hanno dimostrato. Per questi motivi accedo senza scrupolo alla negativa opinione di Giovanni SCHULTE ⁶⁸⁾ e del sig. prof. GAMBSJAEGER ⁶⁹⁾.

Infine un ascendente paterno, se la diseredazione ha da essere formale e non valere come preterizione, deve pure senza riguardo al sesso e al grado ⁷⁰⁾ diseredare i suoi discendenti

1) nominatamente, cioè con esatta indicazione. Deve cioè o chiamarli per nome o servirsi di tale descrizione che possa far le veci del nome ⁷¹⁾, per esempio, quando il testatore dica: il mio figlio di primo letto, la mia figlia maggiore deve essere diseredato o diseredata. *Demonstratio talis vice nominis fungitur*, dice FLORENTINO ⁷²⁾. Senza speciale appellazione per nome o descrizione, la diseredazione è valida soltanto quando abbiassi un unico figlio o un'unica figlia e questa o quello debbano essere diseredati ⁷³⁾ o il testatore disereda tutti quanti i suoi figli o discendenti ⁷⁴⁾.

⁶¹⁾ L. 76 D. *ad Scum Trebell.* [36, 1].

⁶⁵⁾ § 2 I. *de codicillis* [2, 25], L. 2 C. *eadem* [6, 36]. — Van de POLL, *De exheredat.* cap. 34.

⁶⁶⁾ *De substituzione pupillari* cap. IV (in Ev. OTTONIS, *Thes. iur. Rom.* tom. IV pag. 726 seg.).

⁶⁷⁾ *Thesaur. variar. lectionum* cap. 107 (in HEINECCI, *Jurispr. Rom. et Attica* tom. II pag. 1214 seg.).

⁶⁸⁾ *Diss. cit. Sect. II* § 12.

⁶⁹⁾ *Diss. cit. de testamento, in sp. inofficioso* parte III § 3.

⁷⁰⁾ L. 4 C. *de lib. praeherit.* [6, 28].

⁷¹⁾ L. 1 e 3 D. *de lib. et postum.* [28, 2].

⁷²⁾ L. 34 D. *de condit. et demonstr.* [35, 1].

⁷³⁾ L. 2 D. *de lib. et postum.*

⁷⁴⁾ L. 25 D. *eadem.* Vedi Claud. CANTIUNCULAE, *Paraphras. in tres prior. In-*

2) Deve essere fatta senza condizione ⁷⁵⁾. Quando ULPIANO ⁷⁶⁾ dice: *Pure autem filium, exheredari, JULIANUS putat; qua sententia utimur*, sembra che ciò non fosse del tutto fuori di dubbio fra gli antichi giureconsulti. Ma non è così. Già HERALDUS ⁷⁷⁾ e prima di lui CONNANUS ⁷⁸⁾ hanno osservato che la opinione di GIULIANO riferiscosi alla diseredazione *cum convicio*, di cui ULPIANO parla immediatamente prima. Riguardo a questa poteva sorgere dubbio se fosse da ritenere come condizionata. Per esempio quando il padre dice nel suo testamento: mio figlio, il ladro, il gladiatore deve essere diseredato, potrebbe sembrare che la diseredazione si avesse da intendere fatta sotto la tacita condizione che il figlio meriti realmente l'epiteto datogli. Tuttavia GIULIANO a ragione ritenne che tale diseredazione fosse da considerare come incondizionata, perchè il padre soltanto per odio ha dato quel titolo al figlio, non già perchè abbia creduto vero ciò cui que'lo allude. Tutti i giureconsulti erano concordi su questo che una diseredazione debba essere fatta incondizionatamente perchè sia valida. La più sicura prova di ciò era che il pretore accordava la *bonorum possessio contra tabulas* ad un figlio che il padre avesse diseredato sotto una condizione, come ERMOGENIANO ⁷⁹⁾ insegna. Essa non compete ad alcun figlio il quale sia stato diseredato *rite* ⁸⁰⁾. Se pertanto domandasi perchè la diseredazione debba avvenire incondizionatamente, ERMOGENIANO ⁸¹⁾ dà questa risposta: *Certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt*. Questo motivo non esclude pienamente ogni specie di condizione. I genitori non debbono essere titubanti nella loro decisione quando vogliano diseredare i figli. Ora se il padre disereda un figlio sotto una

stitul. civil. libros lib. II tit. 13 pag. 371. — FINESTRES, *Pract. Cerrar.* parte IV cap. 2 §§ 6-10 e *van de POLL.*, cap. 72.

⁷⁵⁾ FINESTRES, *Pract. Cerrar.* parte IV cap. 2 § 11 seg.

⁷⁶⁾ L. 3 § 1 D. *de lib. et postum.*

⁷⁷⁾ *Observation. et Emendation. libr. cap. 28* (in *Ev. OTTONIS, Thes. iur. Rom.* tom. II pag. 1345).

⁷⁸⁾ *Commentar. iuris civ. lib. X cap. 2.*

⁷⁹⁾ L. 18 pr. D. *de bon. poss. contra tab.* [37, 4]. Vedi *Ios.* FINESTRES, *Commentar. in Hermogeniani IOLI iuris epitomar. libros VI* tom. II pag. 694 seg.

⁸⁰⁾ L. 8 § 2 D. *de bon. poss. contra tab.*

⁸¹⁾ L. 18 pr. D. *codem.*

condizione, sembra di non aver fatto ancora un fermo proponimento se quegli debba essere o no escluso realmente dalla eredità. HOEPFNER⁸²⁾ obietta in contrario che secondo la dottrina di PAPIANIO⁸³⁾ e di ULPIANO⁸⁴⁾ si possa diseredare un *filius suus* sotto una condizione potestativa. Se ciò facciasi, lo si disereda *implicitte* pel caso che egli non adempia la condizione. Ma essendo qui in potestà dell'erede di adempiere la condizione, non è da presumere una diseredazione nel caso contrario, la quale già non può avvenire in modo tacito, ma piuttosto è da ammettere secondo la dottrina di TRIFONINO⁸⁵⁾ che il figlio abbia ripudiato l'eredità. Ancora meno viene in considerazione secondo il più recente diritto l'obiezione di HOEPFNER, poichè il figlio può anche non adempiere una condizione potestativa, se vogliasi contentare della legittima, come sopra (pag. 74 del testo tedesco) è già stato dimostrato⁸⁶⁾. Questo tuttavia è certo che una diseredazione può essere fatta anche sotto una condizione casuale, quando soltanto s'istituisca in pari tempo l'erede necessario sotto una condizione racchiudente il contrario di essa⁸⁷⁾. Il motivo di ciò non può essere altro che così l'erede necessario non si può ritenere in alcun modo come preterito⁸⁸⁾. Invero non si può negare che qui al padre manchi una certa serietà nella diseredazione; vedesi da ciò che il sopra citato motivo di ERMOGENIANO non è esauriente. Il vero motivo, per cui la diseredazione deve essere fatta incondizionatamente è piuttosto questo che con ciò l'erede necessario non si abbia a ritenere come preterito. Ora ciò non accade quando il diseredato sotto condizione è istituito nel caso contrario; infatti, si verifichi o no la condizione, l'erede necessario o è istituito o diseredato, quindi in niun caso preterito⁸⁹⁾. Secondo questa spiegazione scompaiono le

⁸²⁾ *Commentar über die heineccischen Institutionen* § 476.

⁸³⁾ L. ult. D. *de condit. instit.* [28, 7].

⁸⁴⁾ L. 4 pr. D. *de hered. instituend.* [28, 5].

⁸⁵⁾ L. 13 D. *de legat. praest.* [37, 5], L. 174 D. *de reg. iuris.* — FINESTRES, *Praelect. Cervar. parte III cap. 2 § 4.*

⁸⁶⁾ Si veda anche *Luc. van de POLL, de exhereditat. cap. 74 § 9.*

⁸⁷⁾ L. 86 D. *de hered. instit.*

⁸⁸⁾ FINESTRES, *Praelect. Cervar. parte IV cap. 2 §§ 13 e 14 pag. 106 seg.*

⁸⁹⁾ Si veda specialmente POTHIER, *Pandect. Iustinian. tom. II lib. XXVIII tit. 2 num. XI nota i pag. 182.*

contradizioni e le ultrasottili sottilità che qui ha creduto di trovare il compianto HOEPPNER.

Ma se la diseredazione di un erede necessario fatta sotto una condizione da un ascendente paterno è da ritenere *pro rite facta*, poichè pel caso contrario si ha una istituzione, tale diseredazione non esclude l'azione d'inofficiosità, quando è avvenuta senza legittima causa. Devesi ben fare questa distinzione, come anche FINESTRES⁹⁰⁾ esattamente ha osservato. WESTPHAL⁹¹⁾ vuol sostenere che si possa difendere secondo i più recenti principii una diseredazione condizionata anche senza un'espressa istituzione pel caso contrario, poichè quella disposizione delle Pandette approda ad una semplice formalità. Ma io non posso persuadermi di ciò. Ai tempi di GIUSTINIANO per certo l'uso delle formole nelle disposizioni di ultima volontà era stato abolito da gran tempo e tuttavia egli fece incorporare quella disposizione nelle sue Pandette come diritto vigente. Nè mi è nota alcuna più recente legge, mediante la quale quella sia stata nuovamente abolita. Appunto per questi motivi dubito anche molto se abbia ragione HOEPPNER quando crede che almeno oggigiorno non sarebbe da ritenere invalido un testamento dove taluno abbia condizionata-mente diseredato un erede necessario e che il diseredato non potrebbe affatto opporre alcunchè a quello, se il testatore vi avesse addotto una legittima causa della diseredazione. Vale infatti tuttora il principio che un testamento dove il padre preterisce un *suus heres* è nullo, come HOEPPNER⁹²⁾ stesso asserisce: quindi non può essere ritenuta come fatta *rite* una diseredazione condizionata, che nel caso contrario è da riguardare come una preterizione.

3) La diseredazione non deve essere fatta pel caso di morte del diseredato. Un testamento, dove il padre abbia diseredato in tal guisa il figlio, è nullo e invalido. GIULIANO⁹³⁾ dice espressamente: *Testamentum, quod hoc modo scribitur: Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto, nullius momenti est, quia filius post mor-*

⁹⁰⁾ *Prælect. Cerrvar.* l. c. § 14.

⁹¹⁾ *Theorie des R. R. von Testamenten* § 586.

⁹²⁾ *Commentar* § 528.

⁹³⁾ L. 23 § 2 D. *de lib. et postum.* L. 29 § 10 D. *codem.*

tem suam exheredatus est. Infatti la diseredazione, come la intiera disposizione testamentaria dipendono dall'adizione dell'erede istituito e solo da quel momento ottengono la loro validità. Nel dato caso l'erede non può adire l'eredità se non dopo la morte del diseredato: quindi anche la diseredazione sarebbe valida soltanto da questo momento, il che è ridicolo ⁹⁴).

4) La diseredazione deve essere fatta riguardo a tutta l'eredità e per conseguenza senza restrizione a determinate cose o ad una parte dei beni, poichè colui il quale è diseredato soltanto riguardo ad una parte dell'eredità o soltanto riguardo a cose determinate, è preterito riguardo al rimanente asse ereditario, non essendo qui istituito nè diseredato ⁹⁵). PAOLO ⁹⁶) dice espressamente: *Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit: et in caetera parte exheres mihi erit; et quaereretur, an recte exheredatus videretur?* SCAEVOLA *respondit: non videtur. Ed in disputando adiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredatur.* Si potrebbe, veramente, obiettare che la istituzione di un erede necessario in una certa parte dell'eredità non sarebbe invalida, quando anche essa non ammonti alla legittima e nel rimanente patrimonio non sia istituito alcun erede, poichè per la parte rimanente v'ha il diritto di accrescimento dell'erede necessario e questi riceve tutto ⁹⁷). Non potrebbe quindi essere mantenuta in vigore anche una diseredazione, che sia fatta riguardo ad una parte dell'eredità o ad una data cosa: *deducta scilicet certae portiois vel certae rei mentione?* SCAEVOLA stesso confuta questa obiezione quando nel passo sopra citato ⁹⁸) di PAOLO aggiunge: *aliam causam esse institutionis, quae benigne accipitur, exheredationes autem non esse adiurandas.* Ciò appunto conferma GAIO ⁹⁹) quando dice: *Non est consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento*

⁹⁴) POTHIER, *Pandect. Justin.* tom. II tit. *de lib. et postum.* num. XII nota 1. — FINESTRES, *Praelect.* cit. parte IV cap. II § 20.

⁹⁵) FINESTRES, *Praelect. Cervar.* parte IV cap. II § 23 pag. 112.

⁹⁶) L. 19 D. *de liber. et postum.*

⁹⁷) L. 1 § 4 D. *de heredib. instituend.* L. 6 § 13, L. 10 D. *eodem.* — FINESTRES, cit. *Praelect.* parte II cap. I §§ 4 e 5.

⁹⁸) L. 19 cit. *de lib. et postum.*

⁹⁹) L. 4 D. h. t.

inducunt, quod plerumque faciant, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis instigationibusque corrupti. Parecchi giureconsulti ¹⁰⁰⁾ vogliono ritenere anche questa disposizione per una mera sottilità, alla quale oggidì non debbasi aver più alcun riguardo. Sostengono quindi che non sarebbe oggi giorno da considerare come invalido un testamento, dove il padre abbia diseredato il figlio riguardo ad una parte dell'eredità, ma avrebbe soltanto la efficacia che il figlio così diseredato non potrebbe accampare alcuna pretesa sulla cosa, a cui la diseredazione riferiscesi, sivero pretendere la sua parte della rimanente eredità. Oggi giorno non vi sarebbe quindi alcunchè da obiettare quando il padre dice nel suo testamento: mio figlio deve ricevere 1000 talleri, riguardo alla rimanente eredità lo diseredo. Ma anche questa opinione non si può difendere. Distinguansi i seguenti casi. Quando il padre, disereda un figlio riguardo a una data cosa o riguardo ad una data parte della eredità, egli o ha istituito in genere i figli così che quello diseredato riguardo a una data cosa è stato istituito effettivamente sotto la generale denominazione dei figli, ovvero il padre mediante la nomina di un erede universale, ha palesemente dichiarato che il figlio debba essere realmente diseredato. Nel primo caso quando, ad esempio, il padre dice: istituisco eredi i miei figli, tuttavia il mio figlio deve essere diseredato riguardo alla mia casa, certamente niente si può opporre alla validità del testamento, perchè qui non si può dire che sia preterito il figlio, il quale è compreso senza dubbio nella avvenuta istituzione generale dei figli. Soltanto, in questa ipotesi egli non può accampare alcuna pretesa riguardo alla casa, poichè questa in pari tempo è lasciata come un prelegato ai rimanenti figli. Solo quando egli per ciò fosse danneggiato nella sua legittima, avrebbe a suo favore l'azione suppletoria, non essendo lecito di diminuire in alcuna guisa la legittima. Nel secondo caso il testamento può dirsi così poco valido oggi come ai tempi di PAOLO. Infatti se anche il padre avesse lasciato al figlio un legato che ammontasse a tanto quanto la legiti-

¹⁰⁰⁾ *Luc. van de POLL, De exheredatione et prael. cap. LXXXVI § 5. — LEYSER, Meditat. ad Pand. vol. V specim. CCCLVI medit. 7. — HÖPFNER, Commentar über die Institutionen § 474 nota 1.*

tima, esso non gli sarebbe stato lasciato nella guisa prescritta dalla Novella 115 cap. 3. Il figlio deve quindi ritenersi preterito anche secondo il più recente diritto romano e perciò il testamento invalido, come del tutto esattamente ha deciso la Facoltà di Lipsia o Wittenberga in WERNHER ¹⁾. In generale si ha la regola che quando trattasi dei giuridici requisiti della diseredazione, la cosa deve sempre essere giudicata rigorosamente secondo il tenore delle leggi. Nel dubbio si deve quindi piuttosto stare contro la diseredazione, che per questa. Soltanto allora che sorge contesa se l'addotto motivo di diseredazione abbiassi a ritenere legittimo e vero, nel dubbio si deve decidere per la validità del testamento, quando il diseredato non abbia potuto del tutto eliminare quel motivo con la sua controprova ²⁾. Finalmente la diseredazione

5) deve essere fatta nel testamento al debito luogo ed in tal guisa che si riferisca ad ogni grado vuoi della istituzione in erede, vuoi della sostituzione. Se pertanto

a) siano nominati più eredi, essa deve esser fatta in guisa che non si riferisca solo ad un erede, ma a tutti (*Fieri debet ab omnibus heredibus*). Ciò avviene quando è posta fra la nomina del coerede, come ULPIANO ³⁾ dice: *Filius inter medias quoque heredum institutiones recte exheredatur, et erit a toto gradu summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit. Nam si hoc fecit, vitiosa erit exhereditatio*. Quando pertanto disse: *Titius, excluso filio meo, heres esto, Caius quoque heres esto*, la diseredazione era fatta solamente *ab uno herede* e non era valida. Io doveva dire: *Titius heres esto, filius exheres esto, Seius heres esto*. Soltanto così la diseredazione è avvenuta *a toto heredum institutorum gradu* ⁴⁾.

¹⁾ *Select. Observat. for.* tom. I parte V obs. 210. Si veda anche *Io. God. BAUER, Diss. de eo quod iustum est circa formam exheredationis* § 7.

²⁾ A ciò approda MARCELLO, L. 10 D. h. t. dove dice: *Si pars iulicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum illi sententiam dixerit, quod interdum fieri solet, humanius erit, sequi eius partis sententiam, quae secundum testamentum pronuntiavit, nisi si aperte iulices inique secundum scriptum heredem pronuntiasset apparebit*. Vedi HUBNER, *Enom. Rom. ad L. 10 cit.* e FINESTRES, *Praelect. Cerrvar.* parte IV cap. I § 17 seg.

³⁾ L. 3 § 2 D. *de lib. et postum.*

⁴⁾ FINESTRES, *Praelect. cit.* parte IV cap. 2 § 25 pag. 112. — HÖPFNER nel

b) Se all'erede istituito sono stati sostituiti uno o più eredi, la diseredazione deve essere fatta in guisa che si riferisca ad ogni sostituito (*Fieri debet ab omnibus gradibus*). Deve essere fatta quindi o già prima della istituzione in erede o collocata fra i due gradi della istituzione e sostituzione. ULPIANO ⁵⁾ dice: *Ante heredis institutionem exheredatus, ab omnibus gradibus summotus est. Inter duos autem gradus exheredatus, ab utroque remotus est, secundum SCAEVOLAE sententiam, quam puto veram*. Per esempio, *Titius heres esto: filius exheres esto. Si Titius heres non erit, Caius heres esto* ⁶⁾. Ciò vale anche pel caso che veramente i gradi della istituzione e della sostituzione siano fra loro mescolati, ma la diseredazione sia posta alla fine del primo grado o quindi fra questo e il secondo grado. *In eo, qui miscuit duos gradus, sequitur ULPIANO* ⁷⁾ *exheredationem valere MAURICIANUS recte putat; veluti: Primus heres esto ex semisse. Si primus heres non erit, secundus ex semisse heres esto. Tertius ex alio semisse heres esto. Filius exheres esto. Si tertius heres non erit, quartus heres esto. Nam ab utroque gradu summotus est* ⁸⁾. Quando la diseredazione è fatta alla fine della istituzione e della sostituzione, il testatore deve dichiarare espressamente che la diseredazione si debba riferire ad ambedue i gradi; se ciò non è avvenuto è da presumere che questa sia fatta soltanto riguardo al secondo grado, semprechè dalle circostanze non appaia che è stata intenzione del testatore di diseredare il figlio da tutti i gradi. Tale è il caso quando il padre istituisce eredi i rimanenti figli e li sostituisce scambievolmente, poichè dal momento che sono state sostituite le stesse persone che il

Commentar über die Institut. § 476 pag. 521 erra quando ritiene qui pure invalida la diseredazione in quanto non siano state aggiunte anche dopo la istituzione del secondo erede le parole: *filius exheres esto*.

⁵⁾ L. 3 §§ 3 e 4 D. *de lib. et postum.*

⁶⁾ Senza alcun fondamento HÖPFNER, *Ueber die Institut.* l. c. ritiene invalida questa specie di diseredazione. Si veda piuttosto FINESTRES, *Prælect. Cerrar.* parte II cap. II § 28, e WESTPHALS *Theorie des R. R. von Testamenten* § 595.

⁷⁾ L. 3 § 5 D. *eodem.*

⁸⁾ Se il testatore non avesse mescolato i gradi, ma detto così: *Titius ex semisse heres esto: Si Titius heres non erit, Lucius heres esto. FILIUS EXHERES ESTO. Si Caius heres non erit, Sempronius heres esto*, il figlio sarebbe diseredato soltanto dal secondo grado. POTHIER, *Pand. Justin.* tom. II tit. *de lib. et postum.* num. XVIII nota g.

testatore ha istituito eredi, non si può sostenere che la diseredazione sia avvenuta soltanto da un grado. Così spiegasi perchè l'imperatore ANTONINO ⁹⁾ dica: *Quum post omnes heredum gradus exhereditatio scribitur, si adiiciat testator ab omnibus se gradibus exheredare; non dubitatur iuri satisfactum esse. Et ideo etiamsi id non adiiciatur, appareat tamen, eum id eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret, recte factum testamentum videtur. Proinde cum paterfamilias, filiis institutis et invicem substitutis, filium exheredaverit; intelligendus est, exheredationem ab utroque gradu fecisse. Nam cum iidem heredes instituti sunt, (scil. qui sunt invicem substituti): nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse.*

Se pertanto la diseredazione non è fatta da tutti i gradi, ma soltanto da uno, secondo il diritto romano è notevole la differenza se il figlio escluso sia già nato al tempo del testamento o un postumo. Nel primo caso è sempre invalido soltanto il grado da cui il figlio è stato preterito ¹⁰⁾. Pertanto

a) se la diseredazione è ricordata soltanto nella sostituzione, ma il figlio è stato preterito nella istituzione, è invalido bensì il primo grado, ma vale nulladimeno la sostituzione che subentra al luogo del primo grado. ULPIANO ¹¹⁾ dice: *Si ita testatus sit paterfamilias ut a primo quidem gradu praeteriret, a secundo solo exheredaret, SABINUS et CASSIUS et JULIANUS putant, perempto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est. Quae sententia comprobata est.*

b) Se invece la diseredazione è fatta soltanto nel primo grado, è invalida solamente la sostituzione, nella quale il figlio è stato preterito. A ciò riferiscesi quello che POMPONIO ¹²⁾ dice: *Si a primo herede instituto filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero, et dum pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit:*

⁹⁾ L. 1 C. de lib. pract. [6, 28]. — Van de POLL, *De exheredit. et praeterit.* cap. LXXVII §§ 14 e 15 e FINESTRES, *Praelect. Cerr.* parte IV cap. 2 §§ 29-30.

¹⁰⁾ L. 43 § 2 D. de vulg. et pupill. subst. [28, 6]. *Respondi: cum gradum, a quo filii praeteriti sunt, nullius esse momenti.* Vedi FINESTRES, l. c. § 27 pag. 114 seg. o WESTPHAL, *Von Testamenten* §§ 590-593.

¹¹⁾ L. 3 § 6 D. de lib. et postum.

¹²⁾ L. 8 D. de lib. et postum.

secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus heres: quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit. Se pertanto muore il figlio preterito nella sostituzione, mentre l'erede istituito tuttora delibera, il sostituito non può ereditare, quando il primo erede ripudia la eredità ¹³⁾.

Ma quando un *postumus* non sia stato diseredato *ab omni gradu*, si ha riguardo a questo se la diseredazione sia fatta solo nel primo grado, la preterizione invece nel secondo o viceversa. Nel primo caso è a dire lo stesso che per i figli già nati. Soltanto il secondo grado non vale. Se pertanto l'erede del primo grado, nel quale è avvenuta la diseredazione, ripudia la eredità, essa non si deferisce al sostituito, ma al *postumus*. Il sostituito non acquista l'eredità neppure quando il *postumus* muore durante il tempo in cui delibera l'erede istituito. AFRICANO ¹⁴⁾ lo dice espressamente: *Si postumus a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus sit: quamvis eo tempore nascatur, quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas, secundum tamen gradum vitari placet, ad hoc, ut praetermittentibus institutis ipse heres existat. Immo etsi, defuncto eo, heredes instituti omiserint hereditatem, non posse substitutos adire.* Che per la agnazione dei *postumi* sia rotto soltanto il secondo grado è detto anche da ULPIANO ¹⁵⁾: *Licet autem postumus praeteritus agnascendo rumpat, tamen interdum evenit, ut pars testamenti ¹⁶⁾ rumpatur, utputa si proponas, a primo gradu postumum exheredatum, a secundo praeteritum. Nam hic primus gradus valet, secundus ruptus.* In un caso tuttavia la preterizione del *postumo* nel secondo grado fa sì che non vale neppure il primo grado, nel quale è avvenuta la diseredazione. Così quando sono nominati eredi più individui, fra la cui istituzione è collocata la diseredazione

¹³⁾ *Henr. Theod. PAGENSTECHEER, Commentar. in Sexti POMPONII, Icti ad SABINUM de re testamentaria et de bonor. possession. libros IV (Lemgovii 1750, 4) cap. 3 pag. 8 seg.*

¹⁴⁾ L. 14 pr. D. *de lib. et postum.*

¹⁵⁾ L. 3 § 6 D. *de iniusto rupto et irr. test.* [28, 3].

¹⁶⁾ *Partes testamenti* son detti qui i diversi *gradus institutionum*. Quando pertanto a causa della preterizione del *postumus* nella sostituzione, questo secondo grado è rotto, ciò esprimeasi da ULPIANO con le parole: *pars testamenti rumpitur*. Vedi POTHIER, *Pandect. Iustin.* tom. II tit. *de liber et postum. num. XXXIX* nota *g* pag. 187.

del *postumo* e il testatore ha sostituito ad ognuno dei coeredi un altro, ma nella loro sostituzione è stato preterito il *postumus*. Se qui uno dei coeredi muore prima dell'adizione dell'eredità, anche l'altro non può raccogliere più l'eredità. Infatti siccome il sostituito, il quale è stato nominato in luogo dell'erede di primo grado che vien meno, non può ereditare a causa della preterizione del *postumo* avvenuta nella istituzione di lui, la diseredazione è qui da riguardare come se fosse avvenuta soltanto relativamente all'un coerede. Ora è invalida quella diseredazione, *quae tantum ab uno ex heredibus facta est* ¹⁷⁾. SCEVOLA ¹⁸⁾ riferisce questo caso quando dice: *Si ego et Titius instituti sumus, et a nobis postumus exheredatus sit, a substitutis nostris non sit exheredatus; Titio defuncto, ne ego quidem adire potero. Iam enim propter instituti personam, a quo postumus exheredatus est, in cuius locum substitutus vocatur, a quo postumus exheredatus non est, ruptum est testamentum*. Diversamente sarebbe se gli eredi istituiti in primo grado fossero stati fra loro scambievolmente sostituiti. Qui raccolgo io l'intera eredità, quando l'altro coerede la ripudia o muore prima dell'adizione. Invero essendo io qui erede del primo grado e anche sostituito del coerede che viene meno ed essendo inoltre sostituito in una parte dell'eredità che sarebbe spettata a me per accrescimento *ex iuris necessitate*, anche senza sostituzione, è già pienamente rispettato il disposto delle leggi con la diseredazione del *postumo* ricordata nella istituzione ¹⁹⁾. Ciò appunto conferma SCEVOLA ²⁰⁾ quando aggiunge pure: *Sed si ego et Titius invicem substituti sumus: quamvis in partem substitutionis exheredatus non sit: mortuo vel repudiante Titio, me posse adire puto, et ex asse heredem esse*.

Rimane l'altro caso, quando, cioè, la diseredazione del *postumo* è fatta nel secondo grado, la preterizione nel primo. Qui, come UL-

17) L. 3 § 2 D. *de lib. et postum.* L. 8 § 3 D. *de bon. poss. contra tab.* — Vedi Ioann. ALTAMIRANI *Commentar. ad lib. VI Quaestion. Scacrolae Tract. VI* in MEERMANNI *Thes. nov. iur. civ. et canon.* tom. II pag. 469 seg.

18) L. 19 D. *de iniusto rupto irr. test.*

19) POTHIER, l. c. num. XXXIX nota i. — ALTAMIRANUS, l. c. §§ 17 e 18 e WESTPHAL, *von Testamenten* § 472.

20) L. 19 cit. § 1 D. *de iniusto rupto testam.*

PIANO ²¹⁾ u) insegna, devesi decidere nel seguente modo. L'erede del primo grado può essere istituito sotto una condizione o no.

Nella prima ipotesi, per l'agnazione dell'erede preterito, quando questa si verifica *pendente conditione*, il primo grado è rotto in guisa che ora non vale in alcun caso neppure la sostituzione, nella quale è avvenuta la diseredazione, venga o no adempiuta la condizione del primo grado. Infatti in questo caso compare il *postumus* ed esclude il sostituito: ma anche nell'altro è preferito all'erede di primo grado e si fa luogo alla successione intestata. Se fosse invece avvenuta la nascita del *postumus*, dopochè fu già deciso che la condizione non esiste, non si ha più alcun primo grado, il quale possa esser rotto per l'agnazione del postumo e in conseguenza vale la sostituzione, nella quale è avvenuta la diseredazione di esso.

Nell'altra ipotesi principale, quando cioè gli eredi del primo grado siano stati istituiti incondizionatamente e riguardo ad essi il postumo sia preterito, ma sia stata fatta una sostituzione pel caso che gli eredi

²¹⁾ L. 5 D. *de iniusto rupto test.* *Nam et si sub conditione sit heres institutus quis, a quo postumus non est exheredatus; tamen pendente conditione rumpitur gradus, ut et JULIANUS scripsit. Sed et si sit ei substitutus quis; etiam deficiente conditione primi gradus non admittetur substitutus, a quo scilicet postumus exheredatus est.* (Così dovesi leggere insieme col CUIACIO, invece di *non est*, nel che concordano anche i *Basilici*. Vedi WESTPHALS, *Theorie des R. R. von Testamenten* § 468). *Puto igitur, existente quidem conditione primi gradus, Postumo potius locum fore. Post defectum autem conditionis nudus postumus gradum non rumpit, quia nullius est. Rumpendo autem testamento sibi locum facere postumus solet, quamvis filius (sc. iam natus) sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere* (Infatti poi figli già nati, il primo grado, dove trovasi una preterizione, è nullo *ipso iure*, quindi qui il testamento comincia tosto con la sostituzione. Ma prima dell'agnazione del postumo preterito il testamento non è invalido, sussiste perciò anche il primo grado, finchè la rottura non avviene per la nascita di lui. Vedi *Ant. FABER, Coniectur. iur. civ. lib. VIII cap. 20.* — *POTHIER, l. c. num. XL nota d pag. 188.* *Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit: totum testamentum ruptum est. Nam tollendo primum gradum, sibi locum facit.*

u) Qui il GLÜCK, come vedesi dalla nota 21, accetta la correzione del CUIACIO alla L. 5 D. *de iniusto rupto test.* Il MOMMSEN ha la lezione *non est*, ma ricorda in nota la correzione del CUIACIO e osserva: « *fortasse totum comma a quo scilicet post. exh. non est institutum est* ». Anche il FRANCKE, op. cit. pag. 92 nota 26, cancella il *non*. Lo conserva MÜHLENBRUCH, XXXVI, pag. 452.

del primo grado avessero a morire prima del testatore, nella quale è avvenuta la diseredazione del postumo, deveasi nuovamente distinguere se il caso della sostituzione si è verificato già avanti alla nascita del postumo o no. Nel primo caso la sostituzione è valida a causa della diseredazione; nel secondo invece siccome gli eredi del primo grado hanno sopravvissuto al testatore, cade la sostituzione, e la istituzione è rotta per l'agnazione del postumo; quindi cade pure l'intero testamento e il postumo raccoglie l'eredità *ab intestato*.

Parecchi giureconsulti odierni ²²⁾ voglion ritener tuttociò come mere sottilità, di cui non debbasi far più alcun uso, perchè secondo le disposizioni del più recente diritto romano non si ha più riguardo nei testamenti alla formalità delle parole ²³⁾ e questa non deve nuocere alla validità del testamento, quando in altro modo la volontà del testatore è fuori di dubbio ²⁴⁾. Ma se mediante le addotte disposizioni del più recente diritto romano fossero state realmente abolite quelle prescrizioni che in modo sì preciso determinano la forma della diseredazione, non si comprenderebbe perchè GIUSTINIANO le abbia accolte nel suo Codice, poichè anche ai suoi tempi non sarebbero più state in vigore. Altri pratici giureconsulti ²⁵⁾ richieggono quindi a ragione per forma di diseredazione nei loro sistemi del diritto odierno, *ut fiat ab omnibus heredibus et ab omni gradu* e tanto più deveasi stare a ciò, quanto più vale oggi pure pienamente il motto di SCEVOLA ²⁶⁾ *exheredationes non esse adiuvandas* v).

²²⁾ BAUER in *Diss. de eo quod iustum est circa formam exheredationis* § 9 in fine. — Io. Thad. MÜLLER, *System Pandectar.* parte I § 153 e HÖPFNER, *Commentar über die Institutionen* § 476.

²³⁾ L. 15 C. *de testam.* [6, 23].

²⁴⁾ L. 1 L. 3 C. *de lib. praeterit.* [6, 28].

²⁵⁾ STRYCK, *Cautelae testamentor.* cap. XIX § 15. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. Rom. Germ.* t. II § 1285. — HAUBOLD, *Diss. de differentiis inter testam. nullum et inofficiosum* cap. VII pag. 32. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte 2 § 916 pag. 136.

²⁶⁾ L. 19 in fin. D. *de lib. et postum.*

v) Circa ai requisiti e alla forma della diseredazione è da cf. anche principalmente FRANCKE, op. cit. pag. 59 e seg.; MÜHLENBRUCH, *Continuaz.* XXXVI pag. 391 e seg.; ARNDTS, *Civ. Schrift.* II, pag. 657 seg., e in genere i manuali, riguardo a cui la trattazione del nostro autore non è antiquata. Specialmente VANGEROW, II § 470.

§ 551 a.

Effetti della preterizione e della diseredazione 2).

Dopochè abbiamo trattato, quanto è necessario, delle cause della esclusione testamentaria degli eredi necessari e particolarmente della forma della diseredazione, resta a parlare degli effetti della esclusione stessa 1).

In generale questi effetti consistono in ciò che gli eredi necessari talora impugnano il testamento come *nullum*, talora come *ruptum*, talora invece domandano la *bonorum possessio contra tabulas*, talora possono promuovere la *querela inofficiosi testamenti*. Nullameno è controverso quando si verifichi l'uno o l'altro effetto e assai disparate sono le opinioni dei giureconsulti, allorchè si disputa quali e quanti mutazioni siano state introdotte mediante le Novelle 115 e 118. Per evitare ogni confusione è necessario di conoscere anzitutto esattamente l'antico diritto, il quale era in vigore in specie prima della Novella 115. Soltanto dopo si può domandare quali mutamenti siano stati introdotti qui mediante le Novelle 115 e 118.

Il precedente diritto pone due massime fondamentali.

1) Gli scritti principali su questa materia sono già citati sopra pag. 499 nota 32. Ad essi son da aggiungere i seguenti *Christ. Gott. HAUBOLD, Diss. iur. civ. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum* parte I praes. — *Car. God. de WINCKLER def.* (Lipsiae 1784). — *Id. Gc. Paul. du ROI, Diss. de testamento ob exheredationem sine elogio factam non ipso iure nullo* (Helmst. 1780). — *Frid. Willh. Car. SARTORII, Diss. iur. civ. de bonorum possessione, quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt* (Lipsiae 1775). — *KOCH, Bonorum possessio* (Giessen 1799) § 8. — *HÖPFNERS Commentar über die Heinzeischen Institutionen* § 524 e seg. — *Io. Chr. WOLTAER, Flores ad ius querelae de inofficioso testamento sparsi* (Hallae 1778). — Dello stesso *Observationes iuris civ. et Brandeb. fasc. II obs. 27.* — *Io. God. HARTUNG, Schediasm. de eo quod mutatum.* Nov. 115 cap. 3 et 4 circa exheredationem parentum pariter ac liberorum (Witemb. 1731). — *Fr. Willh. GAMBSJAEGER, Comm. de testamento in genere in specie inofficioso una cum remediis iuris* parte IV pag. 53 seg. — *STEINS Abhandl. von pflichtwidrigen Testamenten* cap. 3 pag. 73 seg. — *WESTPHALS Theorie des R. R. von Testamenten* pag. 319 seg. e pag. 414 seg. — *THIBAUT, System des Pandectenrechts* vol. 2 §§ 815-821 (della 2.^a ediz.).

2) Cf. *FRANCKE, op. cit.* § 7 e seg.; *MÜHLENBRUCH, XXXVII* pag. 1 e seg.; *BLUNTSCHLI, Erbfolge gegen den letzten Willen* pag. 60 e seg.; *LEIST, Bon. possessio* vol. II sez. 1.^a pag. 28 e seg.; *VANGEROW, II* § 472.

I) Se nella esclusione di un erede necessario non è stata presa in considerazione la forma del precedente diritto, l'erede civile necessario, che al tempo del testamento era già nato, può attaccare il testamento come invalido sin da principio (*nullum*), il postumo invece come *ruptum* raggiungendo l'effetto di far cadere insieme alla istituzione dello erede anche i legati e le altre disposizioni testamentarie ²⁾. L'erede pretorio chiede invece la *bonorum possessio contra tabulas* ³⁾. Tuttavia il pretore l'accordava anche all'erede civile necessario ⁴⁾, non solo quando fosse stato preterito o non *rite* diseredato, ma anche, il che è molto notevole, quando egli fosse stato istituito erede accanto ad un figlio preterito, volesse o no il figlio riconoscere la *bonorum possessio* per la sua persona ⁵⁾ Però qui era riguardata soltanto come *utilis*, all'erede necessario pretorio era invece indispensabile ⁶⁾. I' ultimo dovea pur fare la prestazione di alcuni legati ⁷⁾

²⁾ L. 7. L. 30 D. *de lib. et postum.* [23, 2]. L. 1 e L. 17 D. *de iniusto, rupto et irr. testam.* [28, 5]. L. 1 C. *de postum. her. instit.* [6, 29].

³⁾ L. 1 pr. D. *de bon. poss. c. Tab.* [37, 4], § 3 I. *de exheredat. lib.* [2, 13], § 1 I. *de bonor. poss.* [3, 10].

⁴⁾ § 12 I. *de hered. quae ab intest. def.* [3 1]. L. 1 §§ 2 e 5 D. *de bon. poss. contra tab.* [37, 4], L. 4 C. *de lib. praeter.* [6, 28]. — SARTORIUS cit. *Diss. Sect. I* § 2.

⁵⁾ L. 3 § 11, L. 8 §§ 11 e 14, L. 10 § 6 D. *de bonor. poss. contra tab.* Soltanto il *filius heres institutus* non dovevasi essere immischiato nell'eredità od averla adita L. 14 pr. D. *de bon. poss. c. Tab.* — KOCIUS, *Donorum possessio* § 8 pagina 121 seg.

⁶⁾ Anche il *suus* compare come *bonorum possessor necessarius* soltanto in un caso, che è contenuto nella L. 12 § 1 D. *de bon. poss. c. tab.*, cioè quando il figlio è formalmente diseredato da suo padre nel primo testamento valido secondo il rigore del diritto, ma è stato preterito nel secondo testamento difettoso riguardo alla forma. Qui il preterito, per ottenere la eredità, deve domandare la *B. P. c. T.* contro il secondo testamento e la legge tuttavia gliel'accorda solo nel caso che l'erode ivi istituito, tostochè sia lasciato da parto il figlio, avrebbe potuto ottenere la eredità poichè il primo testamento è da ritenere annullato mediante il secondo, giusta la L. 3 D. *de iniusto, rupto test.* So qui il figlio, in qualità di *suus*, volesse impugnare come nullo l'ultimo testamento a causa della sua preterizione o anche in pari tempo pel difetto nella forma esteriore, l'ultimo testamento non romperebbe così il primo ed egli dovrebbe adesso cercare un rimedio nella querela d'infiduciosità contro l'erede istituito nel primo testamento. Ma che cosa otterrebbe con ciò, quando avesse meritato la diseredazione? Vedi KOCK, *Bonorum possessio* nel Commentario alla L. 12 § 16 pag. 384 e WEBER nelle annotazioni ad HÖPFNER, *Commentar über die heineccischen Institut.* § 659 nota 3.

⁷⁾ L. 1 D. *de legatis praestandis contra Tab. bonorum possessione petita* [37, 5].

dalla quale l'altro era esente ⁸⁾). Pel rimanente il testamento era così rescisso e subentrava la successione intestata ⁹⁾).

II) Se invece la diseredazione o preterizione dell'erede necessario è stata compiuta formalmente o, perchè nell'antico diritto propriamente non è prescritta forma alcuna per la diseredazione, è fatta in un testamento nel quale è equiparata ad una formale diseredazione, secondo il rigoroso diritto il testamento è valido. Nulladimeno l'erede necessario escluso senza giusto motivo poteva pretendere con la *querela inofficiosi testamenti* la rescissione del testamento, alla quale invece l'erede pretorio necessario doveva aprirsi la via con la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* ¹⁰⁾. Qui non poteva aver luogo una *bonorum possessio contra tabulas* ¹¹⁾.

⁸⁾ L. 15 pr. D. *eodem* dove dicesi: *Absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit; cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure.*

⁹⁾ L. 1 pr. D. *de legat. praest.* L. 17 C. *de collat.* [6, 20]. L. 4 C. *de lib. praerit.* [6, 28]. — KOCIS, *Bonor. poss.* § 8 pag. 124 seg. La mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 8 pag. 29 in fine e seg.

¹⁰⁾ Questa era una specie della *bonorum possessio unde liberi* che il pretore accordava ad un figlio emancipato, il quale era stato diseredato in una maniera formale, ma inofficiosa, per dargli titolo a promuovere l'azione d'inofficiosità. Così infatti il *filius emancipatus* acquistava un diritto pretorio di successione intestata che non gli spettava secondo il gius civile. Della *bonorum possessio litis ordinandae gratia* fa ricordo ULPIANO nella L. 6 § 2 e L. 8 pr. D. *de inoff. testam.* Si veda Ios. AVERANII, *Interpretat. iuris* lib. I cap. 8 e la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 76. Questa *bonorum possessio litis ord. gratia* era tuttavia necessaria anche al padre, quando voleva promuovere la *querela inoff. test.* contro il testamento del suo figlio emancipato. — HAUBOLD, *cit. Diss.* cap. VI pag. 23.

¹¹⁾ L. 8 pr. L. 10 § 5 D. *de bonor. poss. contra tab.* — KOCIS, *bonorum possessio* § 8 pag. 110 seg. Un figlio formalmente diseredato non può partecipare alla *bonorum possessio contra tab.* neppure per causa della preterizione di altro figlio nel testamento L. 10 § 5 D. *cit.*, ma il primo può soltanto giungere ad ottenere la metà dell'eredità col sussidio della *bonorum possessio unde liberi*, quando il *filius suus* preterito abbia impugnato il testamento come invalido e nullo secondo il diritto civile ed ottenuto la eredità quale erede legittimo. L. 32 D. *de lib. et post.* L. 1 § 9 D. *Si tab. testam. nullae extab.* [38, 6]. E quando il figlio preterito ha ottenuto la *bonorum possessio contra tabulas*, il diseredato deve promuovere la *querela inoff. test.* e così invalidare il testamento riguardo alla propria persona. L. 10 § 5, L. 20 pr. D. *de bon. poss. contra tab.* — KOCIS, *bon. poss.* § 8 pag. 122 e § 29 pag. 339.

Appare di qui che un testamento il quale come MARCIANO ¹²⁾ dice, *recte quidem, sed non ex officio pietatis factum est*, cioè dove un erede necessario è stato diseredato o preterito in modo in sè valido, ma tuttavia ingiusto, è detto *testamentum inofficiosum*.

Per mostrare nulladimeno più precisamente quando questi diversi mezzi giuridici avevano luogo e come fossero da distinguersi fra loro, debbonsi fare i seguenti casi:

A) Se sono esclusi dei figli e ciò

I) è avvenuto per parte del padre o di altro ascendente paterno di sesso maschile, si ha riguardo se essi

1) al tempo in cui fu fatto il testamento esistevano già. Ove il padre

a) non li abbia formalmente diseredati o istituiti devesi distinguere fra quei figli, i quali

a a) al momento in cui il padre muore sono ancora nella sua potestà (*sui*). La preterizione o la non formale diseredazione di essi rende l'intero testamento invalido e nullo ¹³⁾. I figli possono quindi promuovere contro il testamento la *querela nullitatis* secondo il diritto civile, o possono anche, se lo vogliono, chiedere invece la *bonorum possessio contra tabulas* ¹⁴⁾. Prima di GIUSTINIANO, veramente soltanto i *sui filii* potevano attaccare il testamento come *nullum* secondo il diritto civile ¹⁵⁾. La preterizione degli altri discendenti, cioè delle figlie

¹²⁾ L. 2 D. h. t. Vedi HAUBOLD, cit. *Diss.* cap. 2 pag. 7.

¹³⁾ Ios. FINESTRES, *Praelect. Cerrar. ad tit. Pandectar. de liberis et postum.* parte II cap. 2 per tot. — WESTPHAL *von Testamenten* § 428 seg.

¹⁴⁾ KOCHS, *bon. poss.* § 8 pag. 179 in fin. e seg. Questa *bon. poss.* è però solamente *utilis*, dopochè i *sui* possono impugnare il testamento come nullo secondo il diritto civile § 12 I. *de heredit. quae ab int. def.* [3, 1]; L. 4 C. *de lib. prael.* [6, 28], L. 17 C. *de collat.* [6, 20]. — SARTORIUS nella *Diss.* cit. in nota 1 Sect. I § 1 pag. 25 e § 2 pag. 29 seg. Ma originariamente era *necessaria* anche per i *sui*. Infatti è molto verosimile che la *bon. poss. contra tab.* sia stata introdotta prima che vigesse il principio, fatto valere mediante l'autorità dei giureconsulti romani, che il padre debba o istituire o formalmente diseredare i *filii sui* onde il testamento sia valido, del quale trovansi le prime tracce ai tempi di CICERONE, come appare dal lib. I *de Orat.* cap. 38. Vedasi AN. SCHULTING *ad ULPIANI, Fragm. tit. XXII* § 14 nota 14 (in *Iurispr. Anteiustin.* pag. 638) e SARTORIUS, cit. *Diss. Sect. I* § 1 pag. 19.

¹⁵⁾ L. 30 D. *de lib. et postum.* L. 1 D. *de iniust. rupt. testam.*

e dei nipoti, non rendeva invalido il testamento, ma essi avevano soltanto un *ius accrescendi* riguardo ad una certa parte dell'eredità, che ora era una *portio virilis*, ora consisteva nella metà dell'eredità, secondochè concorrevano con *sui heredes* o con *extranei* ¹⁶⁾. Tuttavia GIUSTINIANO ha tolto questa differenza e stabilito che la preterizione riguardo a figlie e nipoti, i quali trovansi tuttora sotto la patria potestà, abbia la stessa efficacia che riguardo ai figli ¹⁷⁾. Pertanto quell'*ius accrescendi* vien meno del tutto pei figli preteriti e vale per tutti i *sui*, senza distinzione, ciò che per lo innanzi valeva soltanto pei figli, che, cioè, la loro preterizione rende nullo e invalido secondo il diritto civile il testamento del padre o dell'avo paterno ¹⁸⁾. Resta nullo se-

¹⁶⁾ Pr. I. *de exhereda. liberorum* [2, 13], CAIUS, *Instit.* lib. II tit. 3 § 1 [GAI. II, 124]. — ULPIANO, *Fragm.* tit. XXII §§ 16 e 17. — WESTPHAL, l. c. §§ 446 e 448. Come osserva SCHULTING *ad ULPIANI, Fragm.* l. c. nota 44 pag. 639 questa distinzione fra i *sui* secondo la diversità del sesso o del grado fu introdotta per mezzo della interpretazione dei giureconsulti romani e della pratica del tribunale centumvirale. I più intimi motivi di questa distinzione sono indagati da HOFACKER in *Diss. sist. historiam iur. civ. de exheredit. et praeterit.* § 4. Era una conseguenza di quella distinzione che le figlie e i nipoti potevano essere istituiti sotto ogni condizione senza che fosse richiesta una diseredazione pel caso contrario. L. 1 § 8 in fin. D. *de suis et legit. heredib.* [38, 16], L. 6 § 1 D. *de heredib. instit.* [28, 5]. — WESTPHAL, § 444. È degno di essere osservato che la figlia preterita, secondo una costituzione dell'imperatore ANTONINO anche con la *bonorum possessio contra tabulas* non riceve più che mediante l'*ius accrescendi*. GIUSTINIANO lo dice nella L. 4 C. *de lib. praeterit.* [6, 28]: *Ex Praetore autem habebat bonorum possessionem in totum. Constitutio autem magni Antonini eam in tantum coarctabat in quantum ius accrescendi competeat.* Essa doveva inoltre pagare i legati ed esser soddisfatta quando le restava soltanto la quarta parte della sua porzione. Vedi WESTPHAL, § 539 pag. 411 seg. Ma ciò fu mutato da GIUSTINIANO con la L. 4 C. h. t. come appare dalla nota seg.

¹⁷⁾ L. 4 C. *de lib. prael.*: *Sancimus itaque, quemadmodum in successione parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance et mares et feminae vocantur, ita et in scriptura testamentorum eas honorari, et similibus verbis exheredationes procedere, et contra tabulas bonorum possessionem talem habere, qualem filius, vel suus, vel emancipatus, habent, ut et ipsa, si fuerit praeterita ad instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso iure evertat, vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur. Et haec, non solum in filiabus obtinere, sed etiam in nepotibus et neptibus et deinceps observari censemus.* — Vedi WESTPHAL, *Von Testamenten* §§ 537-541.

¹⁸⁾ Ge. FEIN, *Diss. de herede suo sub conditione instituto* (Goett. 1777) Sect. I §§ 8 e 9.

conco il rigore del diritto civile anche se il figlio preterito è morto prima del padre ¹⁹⁾. Ciò vale pure pel caso che il *suus* preterito sopravviva bensì al padre, ma si astenga dall'eredità paterna.

Tuttavia il pretore accorda in questo caso all'erede istituito nel testamento la *bonorum possessio secundum tabulas* ²⁰⁾, il che per analogia applicasi anche al caso che il figlio preterito nel testamento sia morto prima del testatore ²¹⁾. Del resto pei *sui* non si fa alcuna differenza fra i figli corporali e adottati ²²⁾: sia che trattisi dell'azione civile di nullità, sia della *bonorum possessio contra tabulas* ²³⁾. E quando l'avo riceve un nipote in luogo di figlio, questi è ammesso col padre suo, come se egli fosse suo fratello, alla *bonorum possessio contra tabulas* ²⁴⁾.

b b) Se invece dei figli emancipati sono stati preteriti dal padre o dall'ascendente paterno mascolino, il testamento, secondo il precedente diritto civile, non è nullo, perchè essi non sono *sui heredes* come GIUSTINIANO ²⁵⁾ dice, avendo essi con la emancipazione perduto il diritto di famiglia e di agnazione ²⁶⁾. Ma il pretore, come PAOLO ²⁷⁾

¹⁹⁾ Pr. I. *de exheredit. liberor.* L. 7 D. *de liberis et postum.*

²⁰⁾ L. 17 D. *de iniusto rupto testam.* — *Filio praeterito, qui fuit in potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quodsi bonis se abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex aequo et bono tuebatur.* Il pretore, cioè, nel suo sistema successorio non aveva alcun riguardo alla *suità* o *non suità* del figlio preterito, ma, non ostante la preterizione, riteneva valido il testamento, che pel resto aveva la forma pretoria. Se infatti questo fosse stato invalido e nullo anche secondo il diritto pretorio, il pretore non avrebbe potuto accordare la *bonorum possessio secundum tabulas* all'erede istituito. ULPIANUS, *Fragm.* tit. 23 § 6. — Vedi Ios. AVERANIUS, *Interpretat. iur.* lib. I cap. 11. — VINNIUS, *Comment. ad pr. I. de exheredit. lib.* n. 5. — VOET, *Comm. ad Dig.* iib. XXXVII tit. 4 § 1. — KOCH, *Bon. poss.* pag. 373 seg.

²¹⁾ Ios. FINESTRES in cit. *Praelect. Cerrar.* parte II cap. 2 § 9. — KOCH, *Bon. poss.* pagine 262 e 348. — MALBLANC, *Dig.* tom. III § 694 in fin. p. 843.

²²⁾ § 4 I. *de exheredit. lib.* ULPIANI, *Fragm.* tit. 22 § 14.

²³⁾ L. 1 pr. D. *de bon. poss. contra Tab.* L. 1 § 6 D. *si tab. testam. nullae.* ULPIANI, *Fragm.* tit. 28 §§ 3 e 8.

²⁴⁾ L. 3 § 3 D. *de bon. poss. contra Tab.* L. 1 § 9 D. *de coniung. cum emancip. lib. eius* [37, 8]. — De RETES, *De bonorum possess. contra Tab.* cap. III § 2. — SARTORIUS, cit. *Diss. Sect. I* § 2 nota h pag. 31.

²⁵⁾ § 3 I. *de exheredit. lib.* § 11 I. *de heredit. quae ab intest. deferuntur.* [3, 1].

²⁶⁾ L. 3 § 1 D. *de cap. minut.* [4, 5]. — FINESTRES, cit. *Praelect. parte II* cap. 3 § 4.

²⁷⁾ L. 6 § 1 D. *de bon. poss.*

osserva, rescindeva la *capitis deminutio* per motivi di equità. Così poneva il figlio emancipato nella qualità e condizione di un *suius* in modo che questi, secondo la disposizione del pretore, o doveva essere istituito o diseredato, però con la differenza che i discendenti mascholini, senza distinzione di grado, fossero figli o nipoti, dovevano essere diseredati nominatamente, i femminini invece potevano essere diseredati in modo valido anche *inter caeteros* ²⁸⁾. Tali figli avevano quindi, se fossero stati preteriti dal padre, come eredi pretorii necessari soltanto la *bonorum possessio contra tabulas*, che il pretore introducesse a loro favore ^{a)}. GIUSTINIANO abolì quella distinzione con una sua nuova costituzione ²⁹⁾, secondo la quale le figlie al pari dei figli o debbono essere nominate eredi o nominatamente diseredate e ad esse, così come ai figli emancipati e con pari efficacia, deve spettare la *bonorum possessio contra tabulas* in caso di avvenuta preterizione ³⁰⁾. Ma in niun modo GIUSTINIANO già adesso equiparò i figli emancipati ai *sui* in guisa che ormai potessero attaccare pure il testamento come nullo, secondo il diritto civile ³¹⁾. Il motivo è naturalmente questo che i figli

²⁸⁾ § 3 I. *de exhered. lib.* *Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes. Sed Praetor omnes tam foeminini sexus, quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari iubet: virilis sexus nominatim, foemini inter caeteros; quia si neque heredes instituti fuerint, neque ita, ut diximus, exheredati, permittit eis Praetor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.* Si confronti anche ULPIANO, *Fragm. tit. 22 § 23* o FINESTRES, *Praelect. Cervar. cap. I § 6.* — WESTPHAL, §§ 531 e 532.

²⁹⁾ L. 4 C. *de lib. praet.*

³⁰⁾ Non si può dubitare che la costituzione dell'imperatore ANTONINO ricordata sopra nella nota 15 riferiscasi anche alle figlie emancipate o che anche queste mediante la *bon. poss. contra tab.* non potevano pretendere più di ciò che secondo quella costituzione ricevevano le *filiae suae*. Questo si può dedurre chiaramente anche dalla Parafrasi di TEOFILO ad § 3 I. *de exheredat. lib. V.* — SARTORIUS cit. *Diss. Sect. I § 6* nota *y* pag. 69.

³¹⁾ Più giureconsulti sono di altro avviso come VULTEIUS, *Comm. ad § 3 I.*

^{a)} Veramente la *bonorum possessio contra tabulas* fu dapprima introdotta pei *sui praeteriti*, indi estesa agli emancipati. Ciò si può vedere dallo stesso andamento del commentario di ULPIANO. Se si confrontano la L. 1 pr. D. h. t. e il § 6 della stessa legge, citata anche dal GLÜCK nella nota 23, vedesi che il giureconsulto parla dapprima di *sui heredes* ed aggiunge poi nel § 6: « Et sui iuris factos liberos praetor inducit in bonorum possessionem, etc. ». Cf. FRANCKE, op. cit. pag. 122 e seg.; BRINZ, *Pand. III* § 359 nota 9.

emancipati non avevano ancora civilmente un diritto di successione intestata che accordò loro soltanto in seguito con la Novella 118 ³²⁾. La *bonorum possessio contra tabulas* tanto poco cessò per causa della L. 4 C. de lib. pract. [6, 23] di esser necessaria ³³⁾ riguardo ai figli emancipati, quando il padre li avesse preteriti, che piuttosto fu qui ampliata da GIUSTINIANO e concessa anche a quei figli, che il pretore per lo innanzi non aveva chiamati ad essa ³⁴⁾. Nulladimeno ciò vale soltanto per i figli corporali emancipati o anche in altra guisa diventati *sui iuris* ³⁵⁾, non per gli adottivi. A questi non spetta la *bonorum possessio contra tabulas*, perchè essi con la emancipazione perdono di nuovo i diritti di famiglia e discendenza che avevano acquistato mediante l'adozione ³⁶⁾. Ma questo è da intendere soltanto della *bonorum possessio* contro il testamento di chi è stato loro padre adottivo, poichè contro quello del padre corporale, spetta al figlio adottivo emancipato

de exhered. liberor. — SCHILTER, *Praxis iur. Rom.* Ex. XXXVIII § 54. Ma apertamente nella L. 4 C. de lib. pract. (con cui è da spiegare il § 5 I. de ex. lib.) l'intenzione dell'imperatore volgesi a questo, che i *sui* e le *suae* debbano tra loro essere equiparati al pari degli *emancipati* e delle *emancipatae*. Quelli, senza distinzione di sesso, debbono potere impugnare il testamento come nullo, a questi la *bon. poss. contra tab.* deve assicurare, senza distinzione di sesso, gl'identici diritti. Vedi FINESTRES *Praelect. Cerrur.* parte II cap. 3 § 8. — VINNIUS, *Comm. ad § 5 I. de exheredat. lib.* — HOFACKER, *Diss. de exheredat. et praeterit.* § 24. — WESTPHAL, *Von Testamenten* § 538 e SARTORIUS, *Diss. cit. de bon. poss.* Sect. II § 2.

³²⁾ KOCH, *bon. poss.* § 8 pag. 175.

³³⁾ Dimostra ciò specialmente il § 4 I. de bonor. poss. [3, 10]: *Sed eas quidem (sc. bon. possessiones) praetoria introduxit iurisdictio. A nobis tamen nihil incuriosum intermissum est, sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, contra tabulas, quidem et secundum tabulas bonorum possessiones admimus, utpote necessarias constitutas.*

³⁴⁾ Infatti le figlie e le nipoti che il padre o l'avo paterno aveva diseredato *inter caeteros*, prima di GIUSTINIANO erano escluse dalla *bon. poss. contra tab.* poichè erano state diseredate *rite*, ma ora secondo la L. 4 C. de lib. pract. possono domandare la *bon. poss. contra tab.* perchè debbono essere diseredate nominatamente al pari dei figli. Vedi SARTORIUS, Sect. II § 3. — KOCH, *bon. poss.* § 8 pag. 128.

³⁵⁾ L. 1 § 6 D. de bon. poss. contra tab. L. 1 § 6 D. si tab. test. nullae extab. L. 4 D. eodem.

³⁶⁾ § 4 I. de exher. lib. § 12 I. de her. quae ab int. defer.

la *bonorum possessio* così come se fosse stato emancipato da suo padre stesso ³⁷⁾).

b) Se i figli sono diseredati formalmente, ma senza legittimo motivo, hanno la *querela inofficiosi testamenti*. Questa tuttavia secondo l'antico diritto non aveva più luogo quando al figlio diseredato fosse stata lasciata o per legato o per donazione una porzione eguale all'ammontare della sua legittima ³⁸⁾. Ma senza diseredazione il testamento, malgrado il legato, sarebbe stato nullo ³⁹⁾.

2) Se i figli sono nati soltanto dopo che il testamento fu fatto o mediante adozione o piena legittimazione o per essere entrati nel luogo di un *suius heres* sono venuti a trovarsi in tal rapporto col testatore, a causa del quale avrebbero dovuto essere necessariamente istituiti eredi o *rite* diseredati (diconsi in senso generale *postumi*) ⁴⁰⁾, quantunque in senso proprio vengano indicati con tal nome quei discendenti, i quali sono nati soltanto dopo la morte del testatore ⁴¹⁾, si considera se siano preteriti o formalmente diseredati.

a) In caso di preterizione nel testamento, i *postumi* o sono

a a) tali che se già al tempo in cui fu fatto il testamento fossero esistiti o per lo meno fossero nati durante la vita del testatore,

37) § 4 I. *cod.* tit. L. 1 § 6, L. 4 D. *si tab. testam. nullac.* L. 6 § 4, D. *de bon. poss. contra tab.* — SARTORIUS, cit. *Diss.* Sect. I § 2 pag. 28 seg.

38) L. 8 §§ 6 e 8 D. h. t.

39) WESTPHAL, *Von Testamenten* § 433 seg.

40) Ios. FINESTRES, *Diatr. de postumis et qui postumorum loco sunt heredib. instit. vel exhered.* in *Praelect. Cervar.* pag. 165. — *Cur. God.* WINCKLER, *Diss. de lege Iunia Velleia* (Lipsiae 1745) § 5. — TILLING, *Specim. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis* (Lipsiae 1790).

41) ULPIANO, L. 3 § 1 D. *de iniusto rupto et irr. test.* dice: *Postumos autem dicimus eos dumtaxat, qui post mortem parentis nascuntur. Sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Velleiam rumpere testamentum prohibentur, si nominalim sint exheredati.* Coloro che, ancor vivente il testatore, ma dopo fatto il testamento, o per legittima nascita o per adozione o per altro giuridico modo vengono ad essere con lui in tale relazione che alla sua morte sono *sui heredes* riguardo a lui, diconsi *quasi postumi*. La L. 13 D. *de lib. et post.* dice: *Postumorum loco sunt et hi qui in sui heredis loco succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes.* Delle diverse specie di *Postumi* cioè *Velleiani, Aquiliani, Corneliani e Iuliani* trattano FINESTRES, cit. *Diatr. cap. I § 14 seg.* — Luc. van de POLL, *De exheredat. et praet.* cap. 10-15. — WESTPHAL, *Von Testamenten* pag. 330 seg.

sarebbero stati nella sua patria potestà (*Postumi sui*)⁴²). Questi rompevano, secondo il diritto civile⁴³), il testamento senza distinzione di sesso⁴⁴). Possono anche implorare la *bonorum possessio contra tabulas*⁴⁵). Vien tuttavia presupposto

1) che essi già al tempo della morte del testatore debbano essere stati concepiti. PAOLO dice⁴⁶): *Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere possessionem*. Del pari ULPIANO⁴⁷): *Dicendum erit, suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore, vel in rebus humanis, vel saltem concepti fuerint*. Ciò è da decidere in base al momento della nascita. Siccome dopo dieci mesi niuno è più ammesso alla successione come figlio,

⁴²) ULPIANO, *Fragm. tit. XXII § 15: Postumi quoque liberi, id est qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, SUORUM HEREDUM numero sunt*. Appunto così GIUSTINIANO, § 2 I. *de hered. quas ab int. def. Postumi quoque qui, si vivo patre nati fuissent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt*.

⁴³) L. 3 § 6 D. *de iniusto rupto et irr. test.* L. 3 C. *de postum. hered.* Già ai tempi di CICERONE i *postumi* rompevano, mediante la loro agnazione, il testamento paterno, nel quale erano stati preteriti, come appare dai passi del *De Orat.* lib. I cap. 57 e della *Orat. pro Caccina* cap. 25. Il motivo era perchè si credeva che il testatore non avesse pensato a loro. Vedi SARTORIUS, cit. *Diss. de bon. poss. quam contra tab. parentum liberi agnoscunt*. Sect. I § 1 nota r pag. 17.

⁴⁴) § 1 I. *de exhered. lib.* *Postumi quoque liberi vel heredes institui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex caeteris liberis; sive foemini sexus sive masculini, praeterito, valet quidem testamentum, sed postea agnitione postumi sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur*. Vedi TILLING, cit. *Specimen* pag. 27. I *postumi* erano quindi più favoriti che il figlio già nato, come osserva anche CAIO, *Inst.* lib. II tit. 3 § 2 [GAL. II 131-133] dove dico: *Postumorum duo genera sunt, quia postumi appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit in ipso testamento comprehenderit: Quicumque filius; aut filia mihi natus natae fuerit, heres mihi sit; aut certe dicat, exheres sit; valere eius non potest testamentum: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habeantur. Nisi quod melior conditio postumae, quam natae: quia natae, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum postuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit*. Vedi WESTPHAL, *Von Testamenten* § 46.

⁴⁵) L. 1 § 2 e 5 D. *de bon. poss. contra. tab.* L. 2 C. *cod.* — SARTORIUS, cit. *Diss.* Sect. I § 2 pag. 31.

⁴⁶) L. 10 D. *de ventre in poss. mil.* [37, 9].

⁴⁷) L. 1 § 8 D. *de suis et legitim. heredib.* [38, 16].

così tal *postumus* non è ammesso alla *bonorum possessio* ⁴⁸⁾. Pei nipoti è specialmente necessario che la loro concezione sia avvenuta durante la vita dell'avo. *Qui post mortem avi sui concipitur*, dice GIULIANO ⁴⁹⁾, *is neque legitimam hereditatem eius tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest.*

2) Alcun più prossimo discendente del testatore non deve precedere il *postumus* al momento della morte di quello. Se pertanto i nipoti, i quali sono nati dopo la morte dell'avo debbono rompere il testamento di lui in caso di preterizione, il padre loro ha da essere premorto all'avo, affinché il nipote divenga immediato erede del testatore. Se il padre in atti sopravvisse al testatore, non è più concepibile rottura alcuna del testamento, non essendovi bisogno che sia diseredato dall'avo un erede che è preceduto da suo padre.

È vero che il nipote succederà *ab intestato* all'avo, quando il padre di lui muore durante il tempo che l'erede istituito delibera in caso che questi poi ripudii l'eredità, ma non come *postumus* a causa di una rottura del testamento, sìvvero perchè a lui, come più prossimo erede, è deferita la eredità dell'avo, dopochè il testamento è destituito di efficacia. Così insegna ULPIANO ⁵⁰⁾ quando dice: *Si quis, filio exheredato nuru praegnante relicta, decesserit, et extraneum sub conditione instituerit; et pendente conditione post mortem patris vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate, exheredatus filius decesserit, et nepos fuerit natus; an rumpat testamentum? et dicemus testamentum non rumpi: cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab aro, quem pater praecedebat. Plane si forte institutus omiserit hereditatem hunc aro suo futurum heredem ab intestato, non dubitatur. Utrumque propriis rationibus, nam adgnascendo quidem is rumpit, quem nemo praecedebat mortis tempore: ab intestato vero is succedit, cui, non ante cum alii, delata est hereditas. Non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, cum deliberante instituto decesserit* ⁵¹⁾.

3) Il *postumus* preterito deve nascere vitale. Siccome il testamento in cui è stato preterito un *postumus* non è invalido sin da principio,

⁴⁸⁾ L. 3 § 11 D. *de suis et legitim. hered.*

⁴⁹⁾ L. 6 D. *eodem.*

⁵⁰⁾ L. 6 pr. D. *de iniusto rupto test.*

⁵¹⁾ Vedi la mia *Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge* § 95 pag. 277.

ma vien rotto soltanto a causa di questa agnazione, il testamento resta in vigore, se il *postumus* sperato o non viene affatto alla luce o non come parto vitale ⁵²).

Inoltre merita di essere osservata anche la differenza che si verifica secondochè il *postumus* è già nato durante la vita del testatore o soltanto dopo la sua morte. Invero se in quest'ultimo caso il *postumus* viene anche a morire, il testamento ormai diventato invalido non riacquista validità nè secondo il diritto civile, nè secondo il pretorio ⁵³). Per lo contrario nel primo caso, quando il *postumus* muore prima del testatore, l'erede istituito nel testamento può ottenere la *bonorum possessio secundum tabulas* ⁵⁴).

b b) Se invece i *postumi* sono tali che ove anche già fossero esistiti al tempo del testamento non sarebbero stati *sui heredes* del testatore (*postumi alieni*), per esempio nipoti i quali sono stati generati soltanto dopo la emancipazione, da un figlio emancipato premorto all'avo ⁵⁵), in diritto vale qui ciò che è stabilito pei figli emancipati già nati, i quali siano stati preteriti. Essi possono cioè implorare la *bonorum possessio contra tabulas* ⁵⁶) che il pretore accorda al *renter* anche prima della loro nascita ⁵⁷). Quando finalmente

b) dei *postumi* sono stati diseredati formalmente dal testatore, essi, come i figli già nati, possono in tal caso attaccare il testamento con la *querela inofficiosi testamenti* in quanto la diseredazione sia fatta in modo ingiusto ⁵⁸). Riguardo alla forma della diseredazione aveva luogo anche qui, prima di GIUSTINIANO, una differenza fra i *postumi*

⁵²) § 1 I. *de exheredat. liberor.* — WESTPHAL, *Von Testamenten* § 461.

⁵³) L. 2 C. *de postum. hered. instit.* [6, 29].

⁵⁴) L. 12 D. *de iniusto rupto test.* L. 8 § 3 D. *de iure codicillor.* [29, 7]. Vedi MALBLANC, *Dig. tom. III* § 695 pag. 846.

⁵⁵) § 26 I. *de legat.* [2, 20]. *Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est, ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo.* Vedi Ios. FINESTRES, cit. *Diatr.* cap. I § 12. — Iul. ALTAMIRANUS *ad lib. VI Quaest. Scaevolae Tract. VI ad L. 29 D. de lib. et postum.* § 6 (in *Thes.* MEERMANN, tom. II pag. 452) e *Casp. SCHIFFORDEGHER ad Ant. FABRUM, lib. III Tract. 16 Qu. 2 seg.*

⁵⁶) L. 1 § 2, L. 3 pr. D. *de bon. poss. contra tab.*

⁵⁷) L. 1 § 11, L. 7 pr. L. 10 D. *de rente in poss. mill.*

⁵⁸) § 2 I. *de inoff. test.* L. 6 pr. D. *codem.*

di sesso maschile e femminile, poichè soltanto i primi dovevano essere diseredati nominatamente, i secondi potevano esserlo anche *inter caeteros*. Tuttavia, in caso di diseredazione *inter caeteros* doveva esser lasciato un legato alle *postumae* diseredate, ritenendosi diversamente come preterite ed essendo rotto il testamento a causa della loro agnazione⁵⁹). Ma GIUSTINIANO abolì pure questa differenza e stabilì che la diseredazione pei *postumi* di sesso femminile dovesse esser fatta nominatamente come per i mascholini, a quella guisa che aveva ordinato ciò anche pei figli già nati⁶⁰).

Da tutto ciò rilevasi che la esclusione dei discendenti nel testamento di un ascendente paterno può avere, secondo la differenza dei citati casi, una quadruplici efficacia, poichè il testamento può essere impugnato come già nullo sin da principio, o come *ruptum* o come *inofficiosum* o con la *bonorum possessio contra tabulas*. Appare inoltre che la preterizione dei discendenti nel testamento di un ascendente paterno non ha l'effetto di una diseredazione, ma qui la diseredazione deve esser fatta nominatamente e formalmente perchè il testamento abbia giuridica esistenza⁶¹). La differenza degli indicati mezzi giuridici consiste quindi in ciò:

⁵⁹) § 1 I. *de exheredat. lib.* Sed feminini quidem sexus personae vel nominalim vel inter caeteros exheredari solebant: dum tamen si inter caeteros exheredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur praeteritas esse per oblivionem. Masculos vero postumos, id est filios et deinceps placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredarentur.

⁶⁰) L. 4 in fin. C. *de lib. praeterit.* Sed quia et aliud vitium fuerat sub obtentu differentiae introductum, et alia iura exheredationis in postumis, alia in iam natis observabantur: cum necesse fuerat, postumum inter caeteros exheredatum etiam legato honorari, filium autem iam progenitum etiam sine datione legati: et hoc brevissimo incremento verborum ad plenissimam destructionem deduximus, sancientes, eadem iura obtinere et in postumis exheredantibus, sive masculini sive feminini sexus sint, quae in filiis et filiabus iam statuimus, ut etiam ipsi vel ipsas nominatim exheredentur, id est postumi vel postumae facta mentione.

⁶¹) Solo ha luogo una eccezione pel caso che un soldato faccia testamento al momento della spedizione e scientemente preterisca i suoi figli. Qui la preterizione equivale ad una diseredazione. § 6 I. *de exheredat. lib.* Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos iam natos, vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio praeterierit, non ignorans, an habeat liberos; silentium eius pro exheredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.

1) La *querela nullitatis* abbatte l'intero testamento; cadono quindi anche i legati ⁶²⁾. Quest'azione trapassa, senza bisogno d'iniziamento, agli eredi e dura 30 anni ⁶³⁾.

2) Se il testamento è rotto, cade del pari con tutte le sue disposizioni ⁶⁴⁾.

3) Se il testamento è impugnato con la *querela inofficiosi testamenti*, l'attore fonda

a) sulla finzione che il testatore non si sia trovato in perfetto stato di sanità di mente ⁶⁵⁾.

b) I figli, mediante quest'azione, possono pretendere soltanto quella parte di eredità, che avrebbero ottenuto se il padre fosse morto senza testamento, tanto se l'un figlio è istituito, l'altro diseredato, quanto se ambedue sono diseredati ed è istituito un estraneo, purchè nell'ultimo caso il figlio che è diseredato insieme all'altro, non abbia rinunciato al suo diritto di agire o non lo abbia perduto a causa di prescrizione o non abbia fatto restare in tronco il processo. Invero qui la porzione di lui devolvesi per diritto di accrescimento ai figli che hanno agito e vinto la lite ⁶⁶⁾.

Quindi mediante la *querela* il testamento viene spesso soltanto parzialmente rescisso. Il figlio poteva anche guadagnare la lite contro l'uno degli eredi testamentari, perderla contro l'altro. In tal caso

⁶²⁾ L. 7, L. 30 D. *de lib. et postum.* L. 17 D. *de iniusto rupto irr. testam.*

⁶³⁾ L. 3 C. *de praescr. trig. vel quadrag. annor.* [7, 39].

⁶⁴⁾ L. 16 D. *de lib. et postum.* L. 1 C. *de postum. her. instil.*

⁶⁵⁾ L. 2 D. h. t.: *Hoc colore de inofficioso testamento agitur quasi non sane mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent.*

⁶⁶⁾ L. 8 § 8 D. h. t.: *Sumus duo filii exheredati, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.* L. 17 pr. D. *eodem*: *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inoff. testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic, si obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.* L. 23 § 2 D. h. t.: *Si duo sint filii exheredati, et ambo de inoff. testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars eius alteri adcrevit.* Si confronti sopra questi passi specialmente *Desid. HERALDUS, De rerum iudicatarum auctoritate* lib. II cap. 14 § 5 (in *Ev. OTTONIS, Thes. iur. Rom.* tom. II pag. 1226) e *Carl. Fried. ZEPERNICK ad SICCAMAM de iudicio centumviralium* lib. II cap. 6 nota 1 pag. 154.

doveva pagare i debiti del testatore soltanto per la sua parte ⁶⁷⁾. In ogni caso rimane valida anche la sostituzione pupillare quando il testamento è rescisso solo in parte ⁶⁸⁾. Quando però il diseredato era il solo erede intestato, secondo il più antico diritto il testamento era intieramente abbattuto e quindi non solo era nulla la istituzione di erede, ma non valevano nemmeno le altre disposizioni in esso contenute ⁶⁹⁾, quand'anche fosse stata aggiunta la clausola codicillare ⁷⁰⁾. Soltanto allora restavano in vigore tutti i legati, quando la sentenza fosse stata data contro il convenuto in *contumaciam* ⁷¹⁾. Così il relinquente in base alla querela promossa contro il suo testamento diveniva *intestatus* ora intieramente, ora soltanto *pro parte*. *Nec absurdum videtur*, dice qui PAPINIANO ⁷²⁾, *pro parte intestatum videri*.

o) Se non era addotta alcuna causa di diseredazione, il figlio diseredato doveva dimostrare la sua buona condotta rimpetto al testatore, se l'erede mediante controprova non voleva risparmiare tale pena all'attore ⁷³⁾.

⁶⁷⁾ L. 15 § 2 D. h. t.: *Filium qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est: et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest*. Il signor direttore ZEPERNICK ad SICCAMAM, lib. II cap. 7 nota f pag. 162, indaga con molta dottrina i motivi di questa diversità delle decisioni in una stessa causa.

⁶⁸⁾ L. 8 § 5 D. h. t.: *Si pro parte patris testamentum rescissum est, — pupillare valet*.

⁶⁹⁾ L. 28 D. h. t.: *Cum inofficiosum testamentum arguitur nihil ex eo testamento valet*.

⁷⁰⁾ L. 13 D. eodem. L. 36 D. de legat. III [32]: *Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset: quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideo nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet*.

⁷¹⁾ L. 17 § 1 D. h. t. L. 14 de appellat. [49, 1]. — Io. Orto WESTENBERG, *Dis. Marcus*. Diss. XX.

⁷²⁾ L. 15 § 2 D. h. t.

⁷³⁾ L. 5 D. h. t., L. 28 C. de inoff. testam. *Liberi, de inofficioso querelam contra testamentum parentum moventes, probationem debent praestare: quod obsequium debitum iugiter; prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerint; nisi scripti heredes ostendere malierint, ingratos liberos contra parentis extitisse*. Add. QUINTILIANI, *Institut. Orat.* lib. VII cap. 4. — ZEPERNICK ad SICCAMAM *de iudicio centumvir.* lib. II cap. 6 nota g pag. 152. — HOFACKER, *Histor. iur. civ. de exheredit. et praeterit.* § 13.

d) La *querela inoff. test.* è ristretta ad uno spazio di cinque anni ⁷⁴⁾ e trapassa

e) agli eredi solo quando è preparata, cioè quando fu promessa o vi fu minaccia di promuoverla o il figlio emancipato abbia ottenuto la *bonorum possessio litis ordinandae gratis* ⁷⁵⁾. Solo allora che il figlio diseredato muore durante la deliberazione dell'erede istituito, la querela vien trasmessa, anche senza preparazione, ai discendenti di lui ⁷⁶⁾.

f) Se il querelante perde il processo ed ha agito per sé e volontariamente per altri, quand'anche il rigetto avvenga realmente e non in *contumaciam* e pur durante la vita dell'attore, egli viene a perdere eziandio il legato che gli era stato lasciato nel testamento ⁷⁷⁾. Questa pena non ha da temere colui, il quale attacca soltanto la validità del testamento per mezzo della *querela nullitatis* ⁷⁸⁾. Finalmente

g) vien pure richiesto, affinchè l'azione sia promossa validamente, che l'erede abbia adito l'eredità ⁷⁹⁾.

4) Se il testamento paterno è impugnato con la *bonorum possessio contra tabulas* dal figlio preterito, esso viene così rescisso e si apre l'adito alla successione intestata ^{80) b)}. Se tuttavia nel testamento è

⁷⁴⁾ L. 8 § ult., L. 9 D. h. t., L. 16, L. 34 in fin. L. 36 § 2 C. h. t.

⁷⁵⁾ L. 6 § 2, L. 7 D. h. t., L. 5 C. eodem.

⁷⁶⁾ L. 34 C. h. t.

⁷⁷⁾ L. 8 § 14 D. h. t., L. 30 § 1 D. cod. § 5 I. cod., L. 22 D. *de his quas ut indign.* [34, 9]. — De REYES, *Advers. de inoff. test.* cap. 24 (in *Theo. MEREM.* tom. VI pag. 541).

⁷⁸⁾ L. 5 § 1, L. 25 D. *de his quas ut indign.*

⁷⁹⁾ L. 8 § 10 D. h. t.

⁸⁰⁾ L. 1 pr. D. *de legat. praest.* [37, 5], L. 17 C. *de collat.*, L. 4 C. *de lib. praeter.*

b) Questa asserzione è contraddetta, così in modo generale, assai vivamente. La *bonorum possessio contra tabulas* distingueasi dalla nullità o rottura del testamento da una parte e dall'altra non può essere concepita come causa di successione intestata. FRANCKE, op. cit. pag. 136; MÜHLENBRUCH, XXXVII pag. 45 e seg.; BLUNTSCHLI, op. cit. pag. 63; VANGROW, II § 472. Soltanto quando è ottenuta da un *suus* preterito coincide per la sua stessa natura con la successione intestata. Cf. LEIST, op. cit. pag. 47 e seg. Una critica diretta della asserzione del GLÜCK in questo punto è fatta in modo persuasivo dal FRANCKE, loc. cit. Il testamento è validamente fatto secondo il diritto civile e rimane valido: quindi niuno può succedere *ab intestato*. Né si verifica una *b. p. intestati*, poichè a questa sarebbe preferita la *b. p. secundum tabulas*: ma succedesi appunto in virtù della *b. p. contra tabulas* che, nella sua qualità di speciale successione pretoria, pre-

istituito erede un altro figlio e questi ha accettato l'eredità paterna, il testamento rimane valido riguardo al figlio istituito e questi deve contentarsi della sua quota d'eredità che ha ricevuto per mezzo del testamento paterno e pagare anche i legati ⁸¹⁾. Appunto ciò vale anche quando pure un altro figlio sia diseredato nel testamento. A favore di questo non ridonda la *bonorum possessio contra tabulas* che ha ottenuto il figlio preterito, ma egli deve particolarmente promuovere la *querela inofficiosi testamenti* per invalidare il testamento anche riguardo a sè medesimo ⁸²⁾ c). In ogni caso resta valida la sostituzione pupillare, quando anche il testamento viene rescisso ⁸³⁾ d). Nondimeno

⁸¹⁾ L. 14 pr. D. *de bon. poss. contra tab.* Se il figlio istituito non si fosse ancora immischiato nella eredità paterna può domandare egli stesso la *bon. poss. contra tab.* ed ottenere per tal mezzo la sua quota di successione intestata insieme col figlio preterito. L. 8 § 14 D. *eodem*. SARTORIUS in *Diss. de bon. poss. quam contra tab. parentum liberi agnosc.* Sect. I § 3 pag. 63 seg.

⁸²⁾ L. 10 § 5, L. 20 pr. D. *de bon. poss. contra tab.*

⁸³⁾ L. 34 § ult., L. 35 D. *de vulg. et pup. subst.* [28, 6], L. 103 §§ 2 e 3 D. *de legat.* III [32]. — SARTORIUS, cit. *Diss.* Sect. I § 6 pag. 71.

cede la *b. p. secundum tabulas* e la successione intestata. Nel sistema romano così la *b. p. contra tabulas* come la *b. p. secundum tabulas* sono considerate quali *b. p. ex testamento* (cioè come fondate sul testamento paterno) in antitesi alla *b. p. intestati*. Cf. § 3 I. *de bon. poss.* [3, 9]. Sebbene le fonti usino la frase *iudicium patris rescinditur*, questo avviene appunto perchè fu domandata la *b. p. contra tabulas*, dopo la quale non è più possibile la domanda di altra *b. p.* neppure di quella *unde liberi*. E appunto perchè non si verifica una successione intestata quando il preterito abbia chiesto la *b. p. contra tabulas*, gli altri discendenti istituiti in questo testamento, che per diritto proprio non potrebbero avere questa *b. p. contra tabulas*, possono domandare la medesima insieme al preterito e per i loro rapporti con questo, purchè almeno non siano *in totum extranei*. L. 8 § 11 D. *de b. p. contra tab.* Cf. anche VANGEROW, § 472 *Ann.* nota 1 a.

c) Questa, come osserva giustamente anche il FRANCKE, op. cit. pag. 140-41, è una nuova conferma che per mezzo della *b. p. contra tabulas* non viene aperta in alcun modo la successione intestata; in caso diverso la domanda del preterito dovrebbe giovare anche al diseredato. Se invece il testamento rimpetto al diritto civile è valido, può rimanere in vigore la diseredazione anche quando per il resto il testamento perda la sua efficacia in virtù della *b. p. contra tabulas*. L. 8 pr. L. 10 § 5. L. 20 pr. D. h. t. L. 1 § 5 D. *de coniung. cum emancip. lib.* [37, 8].

d) Anche qui la circostanza che il testamento era valido secondo il diritto civile permetteva ai giureconsulti romani di dichiarare valida la sostituzione pupillare ivi contenuta malgrado che fosse chiesta la *b. poss. contra tabulas*. FRANCKE, op. cit. pag. 142; VANGEROW, § 472 *Ann.* n. IV. Il FRANCKE, loc. cit. nota 18, osserva che non si può provare che vi fosse in proposito qualche disposizione nello editto e che è in sommo grado verosimile che le decisioni non siano se non conseguenze di altri principii.

il sostituto pupillare non deve essere l'attore medesimo; altrimenti la sostituzione pupillare non ha efficacia ⁸⁴). Finalmente anche nella *bonorum possessio contra tabulas* debbono essere prestati alcuni legati, cioè quelli che sono stati lasciati ai figli, ascendenti, alla moglie, alla nuora del testatore ⁸⁵) e). Perciò non tutti, come nella *querela inofficiosi*. La prestazione di questi legati è fatta pure soltanto da un figlio emancipato, poichè se un *filius suus prateritus* ha ottenuto la *bonorum possessio contra tabulas* cadono anche i legati, essendochè questi, a cagione della nullità del testamento, avrebbe raccolta la eredità paterna, anche senza la *bonorum possessio ab intestato* ⁸⁶) f). Finalmente la *bonorum possessio contra tabulas* distinguesi dagli altri mezzi giuridici anche in questo, che deve esser domandata entro un anno, il quale comincia a decorrere dal giorno in cui l'erede necessario ebbe notizia della morte del testatore ⁸⁷), quantunque l'erede istituito non abbia ancora adito l'eredità ^{87 bis}).

Quando invece

II) dei discendenti sono stati esclusi dalla madre o da altri ascendenti materni, non vi è differenza se siano stati diseredati o preteriti, poichè nel diritto più antico non era prescritta forma alcuna ad una madre, quando essa nel testamento avesse voluto escludere i proprii

⁸⁴) L. 22 D. *de vulg. et pup. substit.*

⁸⁵) L. 1 pr. e § 1 seg., L. 3 § 1, L. 5 § 2, L. 15 § 3 D. *de leg. praest.* — De RETES, *Advers. ad tit. Dig. de legatis praestandis* cap. 8 (in *Thes. MEERM.* tit. VI pag. 506 seg.)

⁸⁶) L. 15 pr., L. 16 D. *de legat. praest.* — De RETES, loc. cit. cap. 9 e 10. — SARTORIUS, cit. *Diss. Sect. I* § 6 pag. 69 seg.

⁸⁷) §§ 4 e 6 I. *de bon. poss.*

^{87 bis}) L. 4 pr., L. 19 D. *de bon. poss. contra tab.* [nota segnata dal GLÜCK con *].

e) Cioè alle *coniunctae personae*. A ciò riferiscisi l'*edictum de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*, secondo la rubrica del Digesto 37, 5 (LENEL, *Das edictum perpet.* § 143). Cf. FRANCKE, op. cit. pag. 145 e seg.; MÜLLENBRUCH, loc. cit. pag. 20 e seg.; VANGEROW, § 472 *Anm.* n. IV, 3.

f) Cf. nello stesso senso FRANCKE, op. cit. pag. 150; VANGEROW, loc. cit. Infatti qui il testamento è nullo e lo *heres suus* anche dopo aver chiesto la *b. p. contra tab.* viene considerato come erede intestato. Vi sono poche eccezioni nei casi nei quali questa *b. p.* è *necessaria* anche pel *suus*, su cui cf. VANGEROW, loc. cit. e § 470. *Anm.* n. II e per le fonti vedi L. 8 § 5 D. *de bon. poss. contra tabulas* e L. 2 D. *de coniung. cum emancip. lib.*

figli. Perciò la preterizione dei figli nel testamento della madre come degli altri ascendenti materni ha sempre l'effetto della diseredazione. GIUSTINIANO⁸⁸⁾ lo dice espressamente: *Mater vel avus maternus necesse non habent, liberos suos aut heredes instituere aut exheredare: sed possunt eos silentio omittere. Nam silentium matris, aut avi materni et caeterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exhereditatio patris*. Il motivo di questa distinzione è che una madre non ha alcun *suus heres*; quindi neppure i nipoti possono avere gli *iura suorum heredum* riguardo ai loro ascendenti materni⁸⁹⁾. Una ingiustificata preterizione o diseredazione qui può essere impugnata dal figlio come contraria all'equità soltanto per mezzo della *querela inofficiosi testamenti*⁹⁰⁾. E quando pure la madre, dopo aver fatto testamento, partorisca altri figli, esso non è perciò rotto, ma può essere impugnato soltanto come *inofficiosum*⁹¹⁾. Vien solo eccettuato il caso che la madre sia stata sorpresa dalla morte in modo da non poter mutare il suo testamento dopo la nascita del figlio⁹²⁾. Qui si ha riguardo se ha

⁸⁸⁾ § 7 I. *de exheredit. liberor.*

⁸⁹⁾ Appunto per ciò secondo le leggi delle XII tavole anche i figli non succedevano alla madre *ab intestato*, come dice ULPIANO tit. 26 *Fragm.* § 7, quantunque egli può aver pensato qui, coi motivi che adduce, anche alla circostanza che una madre mediante la *conventio in manum mariti* fosse impedita di acquistare e lasciare un patrimonio proprio. Vedi HUGO, *Comm. de fundamento successionis ab int. ex iure Rom. antiquo et novo* (Goett. 1785 § 18 pag. 20). Ma certamente questo motivo venne meno in conseguenza dell'andare in disuso della *conventio in manum mariti*. Quindi i figli mediante il *SCito Orphitianum* acquistarono un diritto di successione legittima riguardo al patrimonio della madre. Pr. I. *de SCito Orphitiano* [3, 4]. Trovansi tuttavia già prima del senatusconsulto orfitiano esempi in VALER. MAX. lib. VII c. 7 Ex. 4 cap. 8 Ex. 2 e PLINIO, lib. V Epist. 1 che i giudici centumvirali abbiano concesso la *querela inofficiosi* contro testamenti materni. Non dobbiamo maravigliarci per questo, poichè ad essi il pretore aveva aperto la via con la *bon. poss. unde cognati*. Pr. I. *de SCito Tertull.* [3, 3]. — SCHRADER, *Comm. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. test.* § 9. Posteriormente anche gl'imperatori VALENTINIANO, TEODOSIO e ARCADIO s'interessarono dei figli delle figlie e accordarono loro un diritto di successione nei beni dei loro avi materni. § 1 I. *de SCito Orphitiano*. L. 9 C. *de suis et legitim. lib.* [6, 55]. — HAUBOLD, *Diss. de different. inter testam. nullum et inofficios.* cap. VII pag. 24.

⁹⁰⁾ L. 19, L. 27 § 4 D. *de inoff. test.* L. 15 C. *eodem*.

⁹¹⁾ L. 6 pr. D. h. t. HÖPFNERS *Comment.* § 517 nota 1.

⁹²⁾ L. 3 C. h. t.: *Si mater filiis duobus heredibus institutis, tertio post testa-*

istituito eredi soltanto i proprii figli o estranee persone. Nel primo caso non deve aver luogo la *querela inofficiosi* e per *coniecturam maternae pietatis* si deve supporre che abbia istituito tutti i proprii figli, quindi anche il postumo. Il testamento rimane valido ed anche i legati restano in vigore⁹³). Quando invece siano istituiti degli estranei, il figlio postumo e preterito nel testamento può promuovere la querela d'inofficiosità.

La *bonorum possessio contra tabulas* invece non ha mai luogo contro il testamento di un ascendente materno⁹⁴). Siccome le donne non hanno dei *sui heredes*, non possono neppure cessare di averne a causa di una *capitis deminutio*⁹⁵). Quindi commette un errore imperdonabile il nostro autore quando, § 1605, asserisce che dei *liberi a matre praeteriti* avrebbero potuto pretendere la *bonorum possessio contra tabulas*⁹⁶). Gli effetti della querela contro il testamento materno sono del resto quelli stessi che derivano, se promossa contro il testamento paterno⁹⁷). Solo nel caso che la madre abbia creduto che il figlio da lei preterito, sia già morto, secondo un decreto dell'imperatore ADRIANO devono rimaner validi i legati⁹⁸).

mentum suscepto, cum mutare idem testamentum potuisset, haec facere neglexisset, merito, utpote non iustis rationibus neglectus, de inofficioso querelam instituere poterit. Sed cum eam in puerperio vita decessisse proponas: repentini casus iniquitas per coniecturam maternae pietatis emendanda est. Quare filio tuo, cui nihil, praeter maternum fatum imputari potest, perinde virilem portionem tribuendam censemus, ac si omnes filios heredes instituisset. Sin autem heredes scripti extranei erunt, tunc de inofficioso testamento actionem instituere non prohibetur.

⁹³) Ant. FABER, *Coniect. iur. civ.* lib. IX cap. 15. — WESTPHAL, *Von Testamenten* §§ 575 e 576. — BOOK, *Lehre von der Enterbung* § 22 pag. 6 seg.

⁹⁴) L. 4 § 2 D. de bon. poss. contra tab... *Ad testamenta foeminarum Edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet: quia suos heredes non habent.* E GIUSTINIANO lo dice chiaramente anche nel § 7 I. de exheredat. lib. dove leggesi: *Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est: sive de iure civili quaeramus, sive de edicto praetoris, quo Praetor praeteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit. Sed alius eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet* (sc. querela inoff. testam.) Vedi WESTPHAL, *Von Testamenten* § 534.

⁹⁵) L. 13 D. de suis et legit. heredib.

⁹⁶) Si veda in contrario SARTORII, *Diss. cit. Sect. I* § 3 pag. 37 e KOCK, *Bonorum possessio* § 8 pag. 110 seg.

⁹⁷) L. 19, L. 28 D. h. t.

⁹⁸) L. 28 D. h. t.: *Cum mater militem filium falso audivisset decessisse et testa-*

B) Se degli ascendenti siano stati esclusi nel testamento dei loro figli, i quali erano obbligati di lasciare ad essi la legittima, anche qui la preterizione ha gli stessi effetti della diseredazione, perchè i figli secondo il più antico diritto non avevano da prendere in considerazione una data forma riguardo ai genitori. La esclusione di un ascendente apre qui l'adito all'azione d'inofficiosità soltanto quando sia avvenuta senza legittima causa ⁹⁹⁾, e veramente spetta qui all'erede istituito la prova che la diseredazione è avvenuta per un giusto

mento heredes alios instituisset Divus HADRIANUS decrevit hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates, et legata praestentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adiicitur. Nam cum inofficiosum testamentum arguitur nihil ex testamento valet. Alcuni giureconsulti credono che in questa legge non si parli dell'azione d'inofficiosità, ma suppongono una certa *actio rescissoria ex decreto Hadriani*, la quale si fonda sulla tacita volontà della madre e con la quale verrebbe annullata soltanto la istituzione di erede, come Iul. PACIUS, *Evavriopav.* Centur. III Qu. 35. — Ger. NOODT in *Comm. ad Dig. h. t. p. 167.* — Pel. de GREVE, *Exercitat. ad Pandect. loca diffic.* Exercit. VII § 21 pag. 187. — Osius AURELIUS, *de variantibus Quiacii interpretationibus* Dispunct. XI (in *Ev. OTTONIS, Thes. iur. Rom.* tom. III pag. 722) e *Luc. van de POLL, De exheredit. et praeterit.* cap. 30 § 17. — Altri ancora credono che mediante l'azione che il figlio preterito potrebbe promuovere nel caso citato, il testamento della madre non sarebbe affatto rescisso, ma sarebbe considerato come se il figlio fosse stato istituito. Con ciò si spiegherebbe perchè i legati dovrebbero essere prestati. Così Iac. COSTANTINAEUS, *Subt. Enodation.* lib. II cap. 13 (in *Ev. OTTONIS, Thes. iur. Rom.* tom. IV pag. 578 seg.). Ma tutte queste interpretazioni urtano contro il nesso di quei passi. Che la *querela inofficiosi* nel citato caso avesse luogo contro il testamento della madre appare dalla L. 27 § ult. D. h. t. Che di quest'azione si tratti pure nella L. 28 cit. è posto fuori di dubbio dalle parole finali. PAOLO trovava per certo soltanto questo di notevole, che secondo il decreto dell'imperatore ADRIANO, i legati dovevano restare validi, presumibilmente perchè qui non potevasi scusare con alcuna demenza la madre che non già per odio, ma perchè credeva morto il figlio, gli aveva preferito un altro erede. Vedi *Renat. BOTTEREAU in Hadriano legislatore ad A. U. C. 810 num. 2* (in *HOFMANNI, Histor. iur. Rom.* tom. II pag. 205). — POTHIER, *Pandect. Iustinian.* tom. I h. t. num. XXXVII nota a. — WESTPHAL, *Von Testamenten* § 578. — ZEPERNICK ad *SICCAMAM de iudicio centumvirali* lib. II cap. 6 nota h e in *Diatr. de rerum perpetuo similiter a Centumviris iudicatur. auctoritate* § 20.

⁹⁹⁾ L. 17 C. *de inoff. testam.* *Cum filium tuum, te praeterita sororem heredem instituisse proponas: inofficiosi quaerelam apud Praesidem Provinciae persequi potes.*

motivo ¹⁰⁰⁾). Tuttavia il padre, come patrono del suo figlio emancipato, poteva ottenere la *bonorum possessio contra tabulas* sino all'ammontare della legittima od in quanto il figlio gli avesse preferito una persona turpe ¹⁾).

Finalmente se

III) sono stati esclusi fratelli e sorelle, tale testamento può essere attaccato soltanto come inofficioso nel caso che sia stata preferita ad essi una turpe persona e a quei collaterali diseredati o preteriti non spetta qui alcun altro mezzo giuridico, fuorchè la *querela inofficiosi testamenti* contro la persona turpe a loro preferita ²⁾). Se tuttavia essi per qualsivoglia titolo, hanno ricevuto qualche cosa dal patrimonio del defunto, non possono impugnare il testamento come inofficioso, ma tutt'al più agire pel supplemento della legittima ³⁾). E anche nel caso che siano stati del tutto esclusi devesi ancora distinguere se abbiano o no meritato questa totale esclusione a causa di cattiva condotta, del che certamente si deve rilasciare la decisione soltanto al criterio del giudice. Infatti solamente in caso di immeritata esclusione il testamento è da riguardare come inofficioso e può essere impugnato per mezzo della *querela inofficiosi testamenti* contro la persona turpe o dispregievole, la quale fu istituita erede. Apparisce da ciò che le circostanze di fatto che pongono i collaterali esclusi nella condizione di attaccare un testamento come inofficioso son di doppia specie. Riguardano cioè in parte la loro propria condotta verso il defunto, in parte la qualità della persona istituita erede. Se l'attore si fonda su ciò che non ha meritato la esclusione deve provare questo fondamento della sua azione ⁴⁾), come gli spetta la prova che il convenuto è una persona turpe ⁵⁾). Soltanto quando sia addotto un motivo della

¹⁰⁰⁾ L. 28 C. h. t.

¹⁾ L. 16 § 1 D. h. t., L. 1 § ult., L. 3 D. *si a parente quis manumiss.* [37, 12]

²⁾ L. 1, L. 21 e L. 27 C. *de inoff. testam.*

³⁾ §§ 3 e 6 I. h. t. L. 30 C. *eodem.*

⁴⁾ L. 3 D. h. t., L. 5 § 1 D. *eodem.* WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweissführung im Civilprozess* pag. 266 num. 26 in fin. — BOOK, *Lehre von der Enterbung* 1.º punto princ. § 15.

⁵⁾ HOFACKER, *Princ. iur. civ.* tom. II § 1694 in fin. — MADHIN, *Princ. I. R. de success.* § 264.

esclusione, il convenuto deve provarne la verità ⁶⁾). Del resto la querela dei fratelli e delle sorelle, di regola annulla totalmente il testamento e possono quindi essere richiesti anche i legati che già furono pagati ⁷⁾). Se nulladimeno, oltre la *turpis persona* istituita, fosse stato nominato anche un altro decoroso erede, il testamento rimane in vigore riguardo a questo e i collaterali preteriti possono pretendere soltanto la parte che dal testatore era stata assegnata all'*heres turpis*, il che per certo, come ULPIANO ⁸⁾ affatto esattamente osserva, ha qui la particolare conseguenza (non però straordinaria nella querela) che così il testatore sembra esser morto *pro parte testatus e pro parte intestatus* ⁹⁾).

Sorge ora la questione che cosa sia stato mutato dalle Novelle 115 e 118 riguardo a questo precedente diritto. Qui è certo

1) che riguardo ai collaterali la Novella 115 non ha fatto alcun mutamento ⁹⁾). Tuttavia

2) riguardo ai discendenti e agli ascendenti la Novella 115 cap. 3 e 4 contiene le seguenti importanti modificazioni. Cioè:

I) Discendenti e ascendenti senza distinzione di grado e sesso non debbono poter essere diseredati o preteriti altro che quando venga nominatamente addotta una causa determinata nella legge, la cui verità l'erede istituito sia in grado di provare. Se ciò non sia stato osservato, il testamento può essere impugnato quando pure al figlio diseredato o preterito fosse pervenuta la competente legittima o mediante donazione o legato o fedecommesso o qualsiasi altro modo. Le parole stesse della legge suonano, secondo la versione di HOMBERGK, nel seguente modo:

Cap. 3. *Sancimus igitur, ne ullo modo patri aut matri, avo aut aviae, proavo aut proaviae filium suum aut filiam, aut reliquos liberos in te-*

⁶⁾ HOFACKER, *Hist. iur. civ. de praeterit. et exheredit.* §§ 13 e 31.

⁷⁾ L. 8 § 16 D. h. t.

⁸⁾ L. 24 D. eodem.

⁹⁾ HOFACKER, *Hist. iur. civ. de exheredit. et praeterit.* § 31. — MALBLANK, *Dig.* tom. III § 698. — THIBAUT, *System des P. R.* tom. II § 819, specialmente BOOK, *Lehre von der Enterbung* 1.º punto princ. pag. 24 seg.

^{g)} Questo punto è generalmente accettato. VANGEROW, § 486 *Anm. I*; WINDSCHEID, § 587; BRINZ, § 378 III pag. 110-111.

stamento suo praeterire vel exheredare liceat, etsi quacunque donatione vel legato vel fideicommisso vel alio quocunque modo partem legibus illis debitam dederint, nisi forte ingrati probentur et parentes ipsas ingrati- tudinis causas nominatim in testamento suo scripserint.

Cap. 4. Dicesi pure: *Sancimus igitur, ne liberis parentes suos praeterire, vel eos quocunque modo a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, plane excludere liceat, nisi causas, quas enumerabimus, in testamentis suis specialiter scripserint.*

Tuttavia quando

II) il disposto di questa legge non sia stato rispettato deve essere soltanto annullata la istituzione di erede e subentrare la successione intestata. Ma ogni altra disposizione che è fatta nel testamento riguardo a legati, fedecommissi, manomissioni, tutele e simili, quindi anco la sostituzione pupillare, deve rimanere valida e qui deve essere adempita la volontà del testatore, come se il testamento in questa parte non fosse stato rescisso ¹⁰⁾. Tal seconda parte della legge è del seguente tenore nella versione di HOMBERGK:

¹⁰⁾ Di altro avviso è MADIHN in *Princ. iur. Rom. de successioib.* § 159 p. 200. Egli parte dal principio che con la Nov. 125 cap. 3 e 4 il testamento inofficioso sia mutato in un codicillo *ab intestato*. Possono quindi sussistere legati, fedecommissi, manomissioni, non una sostituzione pupillare, non essendo permesso ordinare questa in un codicillo. Ma il MADIHN parte qui da un presupposto affatto errato. GIUSTINIANO non dice in alcun modo che il testamento che è attaccato per una ingiusta diseredazione o preterizione riguardo ai legati e alle altre disposizioni ivi contenute, oltre la istituzione in erede, debba valere come un codicillo *ab intestato*, ma dice piuttosto che relativamente a queste restanti disposizioni del testatore il testamento suo debbasi considerare come non rescisso. Alla fine del cap. 3 della Nov. 115 dicesi espressamente: *et tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum* o come HOMBERGK le ha tradotte: *quasi pro ea parte testamentum non eversum valeat*. A ciò aggiungesi che GIUSTINIANO espressamente dispone che deve essere annullata soltanto la istituzione di erede, quando il testamento viene impugnato pel motivo della Nov. 115. Naturalmente deve rimaner valida la sostituzione pupillare già per questo che *alia quaecunque capita legibus probata* debbono restare in vigore. In ciò concordano anche VOET, *Comm. ad Pand.* tom. II lib. XXVIII tit. 6 § 24. — HUNNIUS, *Var. Resolut. iur. civ.* lib. II Tr. 5 Qu. 13. — WESTPHAL, *Von Testamenten* § 380 in fin. pag. 267. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1316. — MALBLANC, *Princ. iur. Rom. secundum ord. Dig.* t. III § 713 pag. 886. — HÖPFNER, *Commentar über die Institut.* § 508 n. 10. — THIBAUT, *System des P. R.* lib. 2 § 819 pag. 234, e specialmente BOOK, *Lehre von der Enterbung* § 26 pag. 88 seg.

Cap. 3. *Si vero haec observentur, liberis exhereditatis nullum praecidium fiat, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento infirmato, ad hereditatem parentum liberi ab intestato aequis partibus veniant: ne liberi fictis accusationibus condemnentur vel circumscriptionem quandam in bonis parentum sustineant. Si tamen contingat, ut in eiusmodi testamentis legata quaedam vel fideicommissa vel libertates relinquuntur, vel tutores dentur, vel alia quaecunque capita legibus probata nominentur, illa omnia impleri iisque dari iubemus, quibus relicta sunt, quasi pro ea parte testamentum non eversum valeat.*

Cap. 4. *Si vero illa non observentur, nullam vim eiusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed evorso testamento, heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus, iisque res illius dari sancimus: legatis scilicet, sive fideicommissis et libertatibus et dationibus tutorum et aliis capitibus vim suam obtinentibus.*

Ciò premesso, sorgono quindi per meglio precisare il rapporto di questa Novella col precedente diritto, le seguenti questioni:

1) Quando dei discendenti siano stati preteriti nel testamento di un ascendente paterno o *non rite* diseredati, così che la diseredazione stessa non è valida secondo l'antica forma, si applica qui la Novella 115 cap. 3 in modo che viene annullata soltanto la istituzione di erede, ma rimangono valide le altre disposizioni testamentarie al pari dei legati: oppure non possono piuttosto i figli promuovere anche adesso l'antica querela di nullità con l'efficacia che sia annullato tutto il testamento insieme ai suoi accessori? I giureconsulti sono di disparato avviso intorno a tale questione. Alcuni ¹¹⁾ affermano affatto generalmente che la preterizione dei figli, sia fatta dal padre, sia dalla madre, non ha altro effetto che quello indicato in questa Novella e che quindi cade soltanto la istituzione di erede. Altri ¹²⁾ distinguono fra quei figli che trovavansi tuttora nella patria potestà del testatore e i figli emancipati. Alla preterizione dei primi la Novella non si riferirebbe,

¹¹⁾ DONELLUS, *Commentar. iur. civ.* lib. VI cap. 13. — STRUV., *Synt. iur. civ.* Ex. 32 Th. 32. — DUARENUS, *Comm. ad Tit. D. de iniusto, rupt. et irr. test.* cap. 2. — HOTOMANNUS, lib. IV obs. 27. — FACHINAEUS in *Controv. iur.* lib. 6 cap. 77 e lib. 10 cap. 70. — BOOK, *Lehre von der Enterbung* 2.^o punto princ. § 29.

¹²⁾ SAM. DE COCCEJI, *Ius civ. controv.* lib. XXVIII tit. 2 Qu. 6. — STRYCK, *Us. mod. Pand. tit. de lib. et postum.* § 3. — SARTORIUS, cit. *Diss. Sect. II* § 4.

ma questi potrebbero promuovere anche adesso la querela di nullità del precedente diritto con l'effetto che cadrebbe l'intero testamento insieme ai suoi accessori. Quando invece siano stati preteriti dai figli emancipati, questi potrebbero ora anche secondo la Novella 115 impugnare il testamento come nullo, senza essere costretti a ricorrere alla pretoria *bonorum possessio contra tabulas*. Altri pure ¹³⁾ sostengono che la Novella 115 non sarebbe applicabile al caso che i figli siano stati preteriti da ascendenti paterni, ma quelli potrebbero impugnare in tal caso come invalido il testamento con gli antichi mezzi giuridici, cioè con la querela di nullità o con la *bonorum possessio contra tabulas* secondochè sono *sui* o *emancipati*. Così GIUSTINIANO per niente avrebbe modificato l'antico diritto riguardo alla preterizione dei figli avvenuta nel testamento paterno, ma nella Novella 115 presupporrebbe tal caso che la diseredazione o preterizione fosse stata valida secondo il precedente diritto. Fra tutte queste diverse opinioni la prima, a cagione della *Auth. ex causa C. de lib. praeterit.* [6, 28], veramente è accolta nella pratica ¹⁴⁾ e vi si può con fondamento accedere in quanto secondo essa è da ritenere che la Novella 115 cap. 3 non sia da intendere soltanto riguardo alla preterizione materna dei figli, ma anche come riferibile al caso che questi siano stati preteriti da un ascendente paterno. Ciò dimostrano chiaramente le parole iniziali: *Sancimus, ne ullo modo patri aut matri, uxo aut aviae, proavo aut proaviae, filium suum aut filiam aut reliquos liberos praeterire aut exheredare liceat*, dove ricorre espressa menzione del padre e degli ascendenti paterni e si fa palesemente violenza alle parole quando si

¹³⁾ CULACIUS, ad L. 17 D. *de iniusto rupt. test.* — ANT. FABER, *Coniect. iur. civ.* lib. IX cap. 14. — Idem, *De Error. Pragmat.* Dec. XX err. 4 et Dec. XLIX err. 5. — CASP. SCHIFORDEGHER ad ANT. FABRUM, lib. I Tract. 17 Qu. 1 seg. — VINNIUS, *Select. iur. Quaest.* lib. II cap. 20. — VOET, *Comm. ad Pand. tit. de lib. et postum* § 4. — LUC. VAN DE POLL, *De exhered. et praet.* cap. 20-22. — GE. FEIN, *Diss. de herede suo sub conditione instituto* (Goett. 1777) Sect. I § 10. — KOCK, *Bon. poss.* § 8 pagine 135 e 180. — WESTPHAL, *Von Testamenten* § 549 e THIBAUT, *System des Pandectenrechts* lib. 2 § 819 pag. 234 in fine. — HÖFFNERS *Commentar* § 528 nota 1.

¹⁴⁾ GAIL, *Observat.* lib. II cap. 113 e 114. — CARPZOV, *Iurispr. for. parte III* Constit. IX Defn. 3 num. 2. — MÜLLER ad STRUV. *Exercit.* XXXII Th. 32 nota d.

vogliono intendere soltanto come relative alla preterizione materna e si pretende di riferire la parola *exheredare* solamente al padre e agli ascendenti paterni. Ma per ciò non era in alcun modo intenzione di GIUSTINIANO di abolire del tutto mediante questa legge il precedente diritto intorno alla preterizione paterna dei figli. Infatti non v'è bisogno di una faticosa dimostrazione per acquistare una sicura persuasione che GIUSTINIANO nella Novella 115 cap. 3 presuppone un caso nel quale il testamento, malgrado la diseredazione o preterizione, ha validità giuridica secondo le precedenti leggi. Ciò dimostrano le parole: *Si autem haec observata non fuerint, nullum exhereditatis liberis praesudicium generari* che non avrebbero alcun senso se il testamento fosse già nullo in sè stesso secondo le precedenti leggi per la esclusione dei figli. Accennano quindi chiaramente ad un caso nel quale, da questa legge infuori, non avrebbe avuto luogo querela alcuna. La legge dice inoltre: *Sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire*. Come si combina ciò col caso che il precedente diritto già dichiarò nullo e invalido il testamento? La legge dispone infine che, tolta la istituzione di erede, le rimanenti disposizioni del testamento debbono esser prese in considerazione *ut tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*. Nel fatto il legislatore dovrebbe aver perduto il proprio intelletto, se egli di un testamento che le precedenti leggi, da lui stesso poco prima confermate ¹⁵⁾, anche riguardo ai legati dichiarano nullo e invalido, avesse voluto dire che si deve considerare come non annullato relativamente ai legati. Ciò presuppone chiaramente che il testamento sarebbe rimasto in sè valido, se non fosse stato annullato dal giudice riguardo alla istituzione d'erede in base all'azione promossagli contro.

È quindi certo che la Novella 115 cap. 3 secondo la vera intenzione del legislatore non può esser tratta a quei casi, nei quali il testa-

¹⁵⁾ L. 30 § 1 C. h. t. dove dicesi: *Sin vero vel praeterierint aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta, nihil eis penitus reliquerint: tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem vel permutationem acceptura.* — L. 33 C. eodem: *exceptis illis, quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca iura illibata servamus.*

mento già precedentemente poteva essere impugnato come invalido; per conseguenza niente è mutato riguardo alla querela di nullità spettante secondo il precedente diritto ai figli preteriti contro il testamento paterno. Invero era intenzione del legislatore con la sua legge di rimuovere dai figli il torto della diseredazione e preterizione, come egli stesso dice nella Novella 115 cap. 3 in fine e cap. 5 in principio. Non era quindi necessaria alcuna legge per quei casi, nei quali il precedente diritto già tutelava i figli contro il torto della diseredazione e preterizione ed accordava loro a tal uopo sufficienti mezzi giuridici, ma soltanto la necessità di una nuova legge presentavasi per quei casi nei quali secondo il precedente diritto la diseredazione sarebbe stata permessa e la preterizione valida. Se si volesse supporre il contrario, GIUSTINIANO con la sua legge avrebbe piuttosto danneggiato che giovato, poichè, invece del precedente mezzo giuridico più vantaggioso, ne avrebbe accordato loro uno nuovo meno vantaggioso ¹⁶⁾.

Per questi motivi non è quindi possibile alcun dubbio che la Novella 115 cap. 3 non è neppure applicabile a quelli eredi necessari, i quali secondo il precedente diritto rompono il testamento dell'ascendente paterno a causa della loro agnazione ¹⁷⁾.

Pertanto si deve tuttora solamente considerare in che misura già prima della Novella 115 la *praeteritio paterna* dei figli avesse eguale efficacia della materna senza che il testamento potesse essere impugnato come nullo o inofficioso. Questo c'insegna GIUSTINIANO nella L. 30 C. h. t. dove dice: *Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes, magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut sive adiiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum*

¹⁶⁾ SARTORIUS, cit. *Diss. Sect. II § 4* nota a pag. 92.

¹⁷⁾ *Luc. van de POLL, De exheredat. et praeterit. cap. 22.* — HAUBOLD, *Diss. de differentis inter testam. nullum et inofficiosum c. VI* nota 2 pag. 20. — *Io. Chr. KOCH, Diss. de testamento per matrimonium vel nullo vel rupto* (Giessae 1773) § 4. — HOFACKER, *Hist. iur. civ. de exheredat. et praeterit. § 30* in fin.

vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere: si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, relinquerint. Dicono chiaramente tali parole che in quei casi, nei quali diversamente il testamento poteva essere impugnato a causa della preterizione o della diseredazione come inofficioso o come nullo ¹⁸⁾, queste azioni ora debbano cessare, quando quegli eredi necessari che potevano servirsi di questa azione, siano stati favoriti di una parte del patrimonio, vuoi mediante istituzione ereditaria, vuoi mediante legato, se anche ciò che loro è stato lasciato sia minore dell'ammontare della legittima. Qui devesi ricorrere semplicemente ad un'azione suppletoria, sia o no detto nel testamento che la legittima deve essere completata. Secondo questa legge la istituzione o diseredazione dei *sui* o *emancipati* non era già più un necessario requisito della validità del testamento paterno, quando i figli siano, pur con qualche cosa, stati favoriti nel testamento. E questo secondo tal legge non poteva più essere impugnato quale inofficioso (come altrimenti sarebbe avvenuto nel caso di una diseredazione) o quale nullo ¹⁹⁾ nel caso della preterizione paterna. Soltanto allora che niente affatto i figli siano stati favoriti nel testamento deve valere l'antico diritto e quello deve poter essere impugnato come invalido nel caso di una preterizione paterna, come inofficioso invece nel caso di una preterizione materna o di altra esclusione di un erede necessario. Secondo questa legge, gli ascendenti, senza distinguere se siano paterni o materni, dovevano aver lasciato nel loro testamento soltanto qualche cosa ai figli, sia pure sotto qualsivoglia titolo giuridico, per essere al sicuro contro la querela di nullità e inofficiosità di questi. Ma GIUSTINIANO ha mutato ciò con la

¹⁸⁾ Si veda più sopra il § 548 pag. 111 (Ediz. ital. pag. 439).

¹⁹⁾ Ciò vogliono dire senza dubbio le parole *vel alio modo subvertendum queri poterant*, le quali abbastanza chiaramente dirigonsi ai testamenti degli ascendenti paterni. Infatti gli altri testamenti, come è noto, non potevano essere attaccati, in caso di esclusione, in niun altro modo che con la *querela inoff.* Vedi BOOK, *Von der Enterbung* § 29 pag. 103.

Novella 115 cap. 3 e impone ai genitori il dovere di nominare eredi i propri figli, quando non abbiano alcuna ragione di escluderli come ingrati. Distinguonsi pertanto i seguenti casi:

1) Un ascendente paterno non ha fatto alcuna menzione dei propri figli. A questo caso non si riferisce affatto la Novella 115, ma qui GIUSTINIANO ha espressamente confermato l'antico diritto nelle L. 30 e 31 C. h. t. secondo il quale i *sui* possono impugnare il testamento come nullo, gli emancipati con la *bonorum possessio contra tabulas*, i *postumi* come *ruptum* e qui niente è stato mutato con la Novella 115 cap. 3.

2) I figli sono stati oggetto di disposizione del testamento paterno, ma non come eredi, sìvero la legittima è stata lasciata loro come un semplice legato, senza essere espressamente diseredati per rimanente. Ciò per la Novella è da riguardare come una vera preterizione, ma l'antica querela della nullità non ha più luogo qui, perchè GIUSTINIANO l'aveva già abolita in questo caso per mezzo di precedenti leggi, cioè L. 30 e 31 C. h. t. Il testamento può essere quindi impugnato, secondo la Novella 115, come illegale e si verifica qui l'effetto indicato nella nuova legge, giusta il quale viene rescissa soltanto la istituzione di erede, rimangono valide tuttavia le rimanenti disposizioni testamentarie ^{h)}.

^{h)} Una critica della opinione sostenuta dal GLÜCK riguardo alla restrizione della Novella al caso che i discendenti siano stati favoriti soltanto di un legato trovasi anzitutto in FRANCKE, op. cit. pag. 344, 364-365. Noi ci muoviamo qui in un terreno irto di controversie anche pei pandettisti contemporanei; in varii punti non abbiamo una opinione prevalente e così sicuramente fondata da abbattere le altre. Le stesse formole scolastiche usate per indicare le varie opinioni costituiscono degli schemi che se giovano per orientarci, riuniscono talvolta in un gruppo omogeneo opinioni fra loro più o meno diverse. Questo mi sembra sia stato il modo di vedere anche dell'ARNDTS-SERAFINI, III § 599 nota, sebbene riguardo ad un altro punto. Per ciò che specialmente riferiscasi al rapporto della Novella 115 col precedente diritto ereditario formale necessario dei *sui* ed *emancipati* si troverà un buon riassunto in VANGEROW, II § 486 *Ann.* n. III, IV. Cfr. anche BRINZ, III § 378. La disputa si può dire che risale sino al tempo dei glossatori: ottimi elementi per la storia dei dogmi si possono trovare in FRANCKE, op. cit. § 28, e specialmente in ROSSHIRT, *Dogmengeschichte des Civilrechts* pag. 359 e seg.; MÜHLENBRUCH, XXXVII pag. 308. Secondo ROSSHIRT, op. cit. pag. 367, dalle ricerche di storia dei dogmi si rileverebbe « che tutti i glossatori non hanno affatto pensato all'antico rapporto di *suità* e di preterizione ».

Tanto per intendere il linguaggio dei romanisti posteriori al GLÜCK osserveremo che si usa indicare col nome di *sistema addizionale* o *correttorio* l'opinione che ammette

Sorge inoltre:

II) la questione se i figli emancipati, quando siano totalmente preteriti nel testamento di un ascendente paterno, o siano stati diseredati secondo la forma del precedente diritto, abbiano bisogno tuttora della *bonorum possessio contra tabulas*, o se piuttosto essi, al pari dei *liberi sui*, possano impugnare come invalido il testamento paterno. Anche ciò è controverso. Molti giureconsulti ²⁰⁾ affermano che la differenza fra i *sui* ed *emancipati liberi* riguardo ai mezzi di impugnare il testamento non è abolita, ma rimasta in quanto i *sui praeteriti* attaccano il testamento come nullo, i *non sui* invece dovreb-

²⁰⁾ PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. IV obs. 76 § 10. — ANI. FABER, *De error. Pragm.* Dec. 14 ERR. 7. — VINNIUS in *Comm. ad § 5 I. de exheredat. lib.* — HOFACKER, *Diss. de exheredat. et praet.* § 24. — MALBLANC, *Princ. iur. Rom.* tit. III § 695. — GAMBESJAEGER, cit. *Comment.* parte III § 8 pag. 44 seg.

debbasi prendere in considerazione accanto al diritto della Novella 115 anche l'antico diritto ereditario necessario, civile e pretorio: col nome di *sistema derogatorio* o *risformatorio* l'opinione che con il nuovo diritto della Novella 115 l'antico sia stato abolito. In questo sistema poi si possono discernere opinioni miste secondo che solo in parte si esclude, in parte si accetta l'antico diritto formale ereditario necessario. Tanto il GLÜCK, quanto il MÜHLENBRUCH, XXXVII pag. 192 e 295 e seg., son seguaci dei sistemi misti. Il VANGEROW, che pure aderisce con la maggior parte dei romanisti (cfr. i citati in MAYER, *Erbrecht* I pag. 268 e seg. e in ROSSHIRT, *Testament. Erbrecht* I pag. 122 e seg.) al sistema addizionale o correttorio, confessa « che solo ai nostri giorni il sistema derogatorio comincia in modo visibile a diffondersi tanto, malgrado la sua teorica insostenibilità, che quasi deve esser riguardato già adesso come il dominante in teoria ». Lo accoglie ad esempio il BRINZ, III pag. 105-106. Nega poi che abbia l'appoggio della pratica o sarebbe per lo meno una strana pratica in piena antitesi con una costante teoria. La quale teoria, aggiungerò, si può far risalire ai bizantini, poichè se anche è vero ciò che asserisce il FRANCKE, op. cit. pag. 355, che nei Basilici la Novella 115 è riguardata come una legge generale che riferiscesi a tutto il diritto ereditario necessario degli ascendenti e dei discendenti, non è meno vero che a quelli la Novella stessa sembrò correttoria (ZACHARIAE von LING., *Gesch. des griech. röm. Rechts*, pag. 144). In questo senso per lo meno mostrano di averla intesa ATANASIO (VII, 7) e TEODORO (Nov. 115 §§ 3-11) nei loro lavori sulle Novelle. Si cfr. poi in questo senso gli scolii di STEFANO ad *Basil.* XXXIX, 1 (HEIMB. III pagine 2, 7, IV pagine 1, 4, 7, 12, 16, 25, 26, 27, 191). Tutti questi passi derivano da STEFANO sebbene citato una sola volta. ZACHARIAE von LING. loc. cit. pag. 145, nota 492.

Del resto il VANGEROW, che pure non cita qui il GLÜCK, accetta e sostiene opinioni pressochè conformi a quelle del nostro autore. E sostiene in pari tempo, come il GLÜCK, che se non furono rispettate le norme del diritto precedente alla Nov. 115 intorno alla diseredazione e preterizione, hanno tuttora luogo la *querela nullitatis iuris antiqui* e la *bon. possessio contra tabulas*. La sua critica della teoria del FRANCKE e della interpretazione che questi fa della l. 30 C. *de inoff. testam.*, è efficace e persuasiva.

bero anche oggigiorno chiedere la *b. p. contra tab.* Ma altri ²¹⁾ distinguono se i *non sui* impugnano il testamento pel motivo che non è stata osservata la disposizione della Novella 115 o per un altro motivo del precedente diritto. Nel primo caso essi dicono non essere più necessaria la *bonorum possessio contra tabulas* perchè la legge non fa alcuna distinzione fra i *sui* e gli *emancipati*; nell'altro caso invece gli *emancipati praeteriti* dovrebbero chiedere anche oggigiorno la *bonorum possessio contra tabulas*. Finalmente vi sono giureconsulti ²²⁾ i quali senza distinzione sostengono che la *bonorum possessio contra tabulas* è soltanto *utilis* anche ai figli emancipati ed a loro spetta pel resto un diritto eguale a quello dei *sui* d'impugnare come nullo il testamento, nel quale sono stati preteriti. Quest'opinione merita senza dubbio la preferenza. Veramente non si può sostenere che la Novella 115 cap. 3 riferiscasi a questo caso, come quella che, secondo che già sopra fu mostrato, presuppone tale testamento, che secondo il precedente diritto non avrebbe potuto essere attaccato. Tuttavia è fuori di questione che i figli emancipati, mediante la Novella 118 cap. 1 sono stati equiparati ai *sui* relativamente alla successione intestata. Essi non hanno quindi più alcun bisogno della *bonorum possessio*, poichè la medesima era loro necessaria per lo innanzi, non avendo un diritto di successione legittima. Questo, come il sig. cancell. KOCH ²³⁾ molto giustamente ha osservato, era il motivo affatto naturale, per cui gli *emancipati* non erano ammessi, secondo il diritto civile, alla *querela nullitatis*. Se pertanto ora gli *emancipati*, per ciò che riferiscasi alla successione legittima, debbono essere equiparati ai *sui*, ne segue che tale equiparazione ai *sui* si è verificata anche nei mezzi per giungere alla successione intestata; che per conseguenza al pari di questi possono attaccare il testamento come nullo, senza essere più costretti a ricorrere alla *bonorum pos-*

²¹⁾ HÖPFNER in *Commentar über die Institutionen* § 527. — KOCH, *Bon. poss.* § 8 pag. 132 e § 30 pag. 344.

²²⁾ De COCCEJI, *Ius civ. controuv.* h. t. Qu. 5. — SARTORIUS, cit. *Diss. Sect. II* § 4. — HAUBOLD, *Diss. de differentiis inter testam. nullum et inoff.* cap. 6 pag. 20. — WALCH, *Controuv. iur. civ.* Sect. II cap. 4 membr. §§ 2, 11. — BOOK, *Lehre von der Enterbung* § 29 pag. 107 seg. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte 2 § 820.

²³⁾ *Bonor. poss.* § 8 pag. 175.

sessio contra tabulas che possono invece domandare, se vogliono, *utiliter*. Questa opinione è ricevuta pure nella pratica, poichè come HOEPFNER ²¹⁾ dice, non vi si fa più parola di una domanda di *bonorum possessio* ¹⁾. Ma, si domanda,

III) quando dei figli emancipati sono formalmente diseredati ed è pure ricordato un legittimo motivo, secondochè prescrive la Novella 115, è qui pure richiesta tuttora la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* per promuovere la *querela inofficiosi testamenti*? HOEPFNER ²⁵⁾ la vuol ritenere anche oggi giorno necessaria e THIBAUT ²⁶⁾ crede che sia tuttora importante almeno per la trasmissione della querela. Altri ²⁷⁾ invece affermano che quella *bonorum possessio* oggi venga meno come inutile dopochè i figli emancipati hanno acquistato in base alla Novella 118 un diritto civile di successione intestata e questa opinione merita indubbiamente di essere preferita. Infatti notoriamente quella *bonorum possessio* giovava soltanto per procurare un diritto di successione intestata al *non suus* diseredato e a porlo così nella condizione di un *suus heres* affinchè come tale potesse ora promuovere la *querela inofficiosi*, a cui diversamente non aveva alcun diritto ²⁸⁾. Solo per questo riguardo essa era necessaria all'emancipato diseredato per trasmettere la querela agli eredi, poichè non aveva luogo pel *suus* diseredato ²⁹⁾ ^{h)}. Siccome ora i *non sui*, secondo la Novella 118 hanno acquistato un eguale diritto di successione inte-

²¹⁾ *Commentar.* § 527 in fin. pag. 599. Così LAUTERBACH in *Colleg. th. pr. Pandectarum* lib. XXVIII tit. 2 § 4. — REINHARTH, *Observ. select. ad Christianasum* vol. IV obs. 2.

²⁵⁾ *Commentar* § 529.

²⁶⁾ *System des Pandectenrechts* parte 2 § 820. Nella precedente edizione § 1032 era accolta la contraria opinione.

²⁷⁾ HOFACKER, *Princ. iur. civ. t.* II pag. 1647. — GAMBSJAEGER, cit. *Comm.* parte IV § 2 nota 6 pag. 58 e KOCH, *Bon. poss.* § 30 pag. 350 in fine.

²⁸⁾ Vedi WEBERS *Anmerk. zu HÖPFNERS Commentar* § 658 nota 1 pag. 715.

²⁹⁾ L. 7 D. h. t.

ⁱ⁾ Cfr. FRANCKE, op. cit. pagine 366, 367.

^{h)} La *bon. possessio litis ordinandae gratia* deve infatti considerare come avente lo scopo di preparare la *querela inoff. test.* Così anche LENEL, *Das edict.*, pag. 112. Quella *bon. poss.* a ragione, osserva il GLÜCK, è venuta meno dopo la Nov. 118. Cfr. LEIST, *bon. poss.*, II, pag. 343.

stata, non si comprende assolutamente a che cosa dovrebbe tuttora servire la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*. Ed ULPIANO ³⁰⁾ e PAOLO ³¹⁾ affatto chiaramente ³²⁾ insegnano che anche quella preparazione della querela che le leggi richiedono per la trasmissione di questa possa verificarsi in modo diverso dalla domanda di quella specie di *bonorum possessio*. La più controversa questione ¹⁾ è tuttavia:

³⁰⁾ L. 6 § 2 D. h. t.

³¹⁾ L. 7 D. eodem.

³²⁾ Si veda qui tuttora STEIN, *Abh. von pflichtidrigen Testamenten* § 20 p. 74 e nota f.

1) Nè diversamente dopo il GLÜCK. Neppure credo facile che si arrivi a fissare un'opinione prevalente su tali basi che sia vana ogni argomentazione contraria, poichè noi cerchiamo una precisione di concetti giuridici e in ispecie una intuizione del rapporto fra il nuovo e l'antico che molto probabilmente non era neppure nella mente di GIUSTINIANO o de' suoi consiglieri, allorchè fu emanata la Novella 115. Se noi esaminiamo l'indole del diritto romano ci si offre lo spettacolo di una lenta trasformazione degli istituti; coesistono talora figure giuridiche, di cui teoricamente crederemmo impossibile la coesistenza. Ma in pratica apparivano lucidamente motivi diversi delle varie figure ed ogni contraddizione spariva per opera del retto senso giuridico romano. Senza di questo certe istituzioni concorrenti come la *hereditas* e la multiforme *bonorum possessio* avrebbero dovuto generare a Roma il più strano garbuglio. Ma con GIUSTINIANO siamo a Bisanzio, e il diritto romano è una tradizione gloriosa e grandiosa, di cui l'imperatore si fa continuatore. Egli tenta qua e là correggere, abolire e talora fondere insieme antiche figure giuridiche; non sempre si può credere che egli sia stato così padrone di tutte le dottrine da avere una chiara idea della compatibilità o incompatibilità delle nuove norme con le antiche. Certi contrasti delle nuove leggi con le antiche non si vedono anche oggi se non dopo che quelle vengono interpretate ed attuate. Quanto al diritto romano la stessa tendenza nostra alle così dette costruzioni ci affina l'intelletto così che dovunque cerchiamo una euritmia ed un sistema che nel vero e proprio diritto nuovo giustiniano e specialmente in quello delle Novelle non sempre esistono. Se pensiamo che GIUSTINIANO trova e lascia coesistere l'antico diritto ereditario necessario formale col nuovo diritto ereditario necessario, trova e riconosce tuttora nel Codice la *bon. possessio contra tabulas* (il contrario è stato creduto a torto, come dimostra anche il FRANCKE, op. cit. § 14), la *querela nullitatis* dell'antico diritto e la *querela inofficiosi testamenti*, difficilmente si penserà che abbia avuto un preciso ed armonico sistema nella mente intorno alle conseguenze della violazione della Novella 115, ossia intorno ai mezzi giuridici spettanti agli eredi necessari ingiustamente diseredati.

Anche qui è interessante la storia dei dogmi e poco devesi aggiungere a ciò che ne dice il GLÜCK. Quanto ai bizantini pare che STEFANO credesse la *querela inofficiosi* coi suoi caratteri, in quanto direttamente non modificata dalla Novella 115, tuttora esistente nei discendenti e gli ascendenti (ZACHARIAE v. LING., op. cit. pag. 145). Il FRANCKE, op. cit. § 29, come sostenitore del così detto sistema della nullità, non ha trascurato i Basilici, i quali furono invocati pel sistema della inofficiosità ed egli sforzasi perciò di torre

IV) quella, che effetto abbia secondo la Novella 115 la esclusione dei figli e genitori, quando questa è bensì fatta secondo il precedente diritto in modo formale o lecito, ma non sono state osservate le di-

loro qualunque importanza nella questione. Il titolo *de inofficioso testamento* [39, 1], nei Basilici, dice egli, ricorda per certo la querela come diritto vigente, ma esso è formato di gran parte del corrispondente titolo delle Pandette, di alcuni passi del titolo *de legatis praestandis* e del Codice *de inoff. testam.* senza ulteriore riguardo alla Novella 115. Negli scolii trovasi spesso detto che ormai la istituzione di erede è necessario requisito secondo la Novella 115 e che non basta lasciar la legittima in altro modo. Solo in un passo trovasi negli scolii le parole: *hodie instituta querela ex Nov. 115* e perciò si sarebbe creduto che i Basilici stiano pel sistema della inofficiosità. Ma quando si pensa d'altra parte che i Basilici stessi trattano la Novella come appendice del titolo *de liberis et postumis*, il quale dichiara la nullità del testamento nel caso nostro e che inoltre gli scolii dicono non pratica la *bon. possessio contra tabulas* a causa della Novella citata, difficilmente si arriverà ad altra persuasione, da questa in fuori, che nei Basilici non trovasi sistema alcuno. Ed io credo, per le ragioni sopra accennate, che in ciò egli abbia in parte ragione.

Quanto alle opinioni degli interpreti dai glossatori in poi, cfr. FRANCKE, op. cit. pag. 368 seg., ROSSHIRT, op. cit. pag. 365 seg.

Nella glossa mediante le autentiche *Ex causa* e *Non licet* troviamo accolta l'opinione che la violazione delle disposizioni di GIUSTINIANO produce in ogni caso nullità della istituzione d'erede e perciò non può più aver luogo la querela per gli ascendenti e i discendenti. Si adotta quindi il sistema della nullità, disceso specialmente da MARTINO (*gl. ad L. 27 C. de inoff. test. s. v. instituto, ad Auth. ex causa s. v. irritum, ad Nov. 115 cap. 3 s. v. nominatim*), da ROGERIO e PILLIO (SAVIGNY, *Gesch. des R. R. in M. A. IV* pag. 435 e 457). Ma la glossa medesima e negli stessi luoghi preferisce un sistema misto di GIOVANNI, che mentre ammette la nullità pel caso che non sia addotta causa alcuna nel testamento, ammette invece l'uso della *querela inofficiosi testamenti* pel caso che il diseredato neghi la verità del legittimo motivo indicato. Questa opinione fu prevalente fra i posteriori giuristi italiani (Cfr. anche la testimonianza di FULGOSIO *ad Auth. ex causa* n. 3, 47 che ne era avversario). Fu accolta dalla culta giurisprudenza ed è quella sostenuta dal GLÜCK. Infatti, mentre modernamente fu rigettata dai teorici, rimase fra i pratici. Già il FRANCKE notava con piacere che il puro sistema della nullità di MARTINO non era stato mai del tutto privo di sostenitori, e il VANGEROW, § 495 *Anm.* n. 1, lo indica quasi come dominante. Lo accolse anche il continuatore del GLÜCK, MÜLENBRUCH, XXXVII pag. 245 seg.

Per orientarsi nello stato attuale delle opinioni, vedi ARNDTS-SERAFINI III § 599 nota (utile riassunto senza legarsi alle solite formole o appellazioni di sistemi), VANGEROW, § 485 *Anm.* WINDSCHEID, § 591.

Tra i seguaci del sistema della inofficiosità si possono tuttora citare il WINDSCHEID, § 591 nota 14, e il BRINZ, III § 378 pag. 109 (che cita anzi il GLÜCK fra gli autori ai quali aderisce), il WENDT, *Pand.* § 361, il DERNBURG, III § 154. Si può dire, che, malgrado la molteplicità delle controversie, anche qui la trattazione del nostro autore non è antiquata. Anzi, si può vedere dalle citazioni fatte, come il sistema della inofficiosità sia tutt'altro che abbandonato dai più recenti romanisti. Credo inutile fare una trattazione *ex professo* dell'argomento che eccederebbe i limiti di una nota. Né io posso negare che lo stesso sistema della nullità abbia argomenti a suo favore. Vedi tuttavia la nota seguente.

sposizioni della nuova legge e così o non è stato addotto alcun legittimo motivo o ne è stato addotto uno falso. Ha luogo qui la *querela inofficiosi* o l'azione di nullità o un terzo mezzo giuridico del tutto nuovo? Su questo punto vi hanno sistemi molto diversi così presso gli antichi, come fra i moderni giureconsulti. Fra i sistemi più antichi il così detto sistema della inofficiosità e quello della nullità hanno trovato il maggior numero di aderenti, in modo che si può dire a buon diritto che il loro numero è una legione.

Per quanto 1.º riguarda il così detto sistema della inofficiosità consiste in questo, che quando la esclusione dei figli o genitori è valida secondo l'antica forma, debba venir promossa la *querela inofficiosi testamenti*, come quella che in base alla Novella 115 non sarebbe stata abolita, ma soltanto modificata, senza distinguere se la esclusione sia o no valida secondo la nuova forma. L'azione è quindi la stessa tanto se non sia addotto alcun motivo, quanto se ne sia addotto uno legittimo, o il motivo, del resto legittimo, sia falso. Questo sistema ha trovato calorosi difensori in VINNIUS ³³⁾, NOODT ³⁴⁾, SCHIFFORDEGHER ³⁵⁾, UBER ³⁶⁾, VOET ³⁷⁾, *van de POLL* ³⁸⁾, ALCIATUS ³⁹⁾, DUARENUS ⁴⁰⁾, NEBIUS ⁴¹⁾, FACHINAEUS ⁴²⁾, PEREZ ⁴³⁾, GUEDELINUS ⁴⁴⁾, e fra i più recenti in Ios. FINESTRES ⁴⁵⁾, PUFENDORF ⁴⁶⁾, MAIANSIUS ⁴⁷⁾, REINOLD ⁴⁸⁾, WESTENBERG ⁴⁹⁾, *Iul. Ge. Paolo du ROI* ⁵⁰⁾,

33) *Commentar ad p. I. de inoff. test.* e in *Quaest. iuris select.* lib. II cap. 21.

34) *Comm. ad Pand.* h. t. pag. 160.

35) *Ad Ant. FABRUM*, lib. I Tract. XVII Qu. 1 e 2.

36) *Praelect. ad Inst. tit. de exhered. lib.* § 2.

37) *Comm. ad Dig.* h. t. § 23.

38) *De exheredat. et praet.* §§ 22 e 23.

39) *Parergor.* lib. IV cap. 9.

40) *Comm. ad tit. D. de inoff. test.* cap. 3 (in *Op.* pag. 174).

41) *Analect.* lib. II cap. 15 (in *Thes. OTTON.*, tom. II pag. 418).

42) *Controv. iuris.* lib. IV cap. 9.

43) *Praelect. ad Cod. tit. de lib. praet.* n. 13.

44) *De iure novissimo* lib. II cap. 4.

45) *Praelect. Cervar.* ad tit. *Dig. de liber. et postum.* parte IV cap. 3 § 32.

46) *Observat. iur. univ.* t. IV obs. 76 §§ 12 e 13.

47) *Diss. de fuctis contra legem* § 10 (in *eius Dissert. iur. civ. t. I Diss. XI* pag. 20^o).

48) *Opusc. iurid.* pag. 338 seg.

49) *Dig. tit. de lib. et postum.* § 10.

50) *Diss. nota 1 cit.*

Ioh. Nic. SCHEDEL ⁵¹⁾, *Ad. Fried. REINHARD* ⁵²⁾, *MALBLANC* ⁵³⁾, *HOFACKER* ⁵⁴⁾ e *KOCH* ⁵⁵⁾. Tale sistema ha invero a suo favore il motivo assolutamente importante che l'imperatore, pel caso che il disposto della sua legge non sia convenientemente osservato, esprime in guisa tale che affatto chiaramente vedesi come il testamento non debba esser nullo *ipso iure*, ma annullato per mezzo di sentenza del giudice. Dimostrano ciò le espressioni adoperate nel testo greco, ἀχρησθῆναι e ἀνατρέσθαι, le quali, secondo il giudizio degli intelligenti, equivalgono a *rescindere*, *evertere*, *infirmare* e sono adoperate per quel testamento che non è nullo *ipso iure*, ma deve essere infirmato solo per mezzo del giudice, come specialmente ha dimostrato con molta dottrina il PUFENDORF, loc. cit. E ciò appare ancor più da questo che i legati conservano la loro validità (*legatis suam obtinentibus firmitatem*) e il testamento riguardo ad essi deve essere considerato come non annullato (*et tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*). Questo sistema ha inoltre a suo favore la circostanza che GIUSTINIANO non dice mai che la querela del testamento inofficioso debba ora essere abolita pei figli e genitori mediante la sua nuova costituzione e che in sua vece deve subentrare una nuova azione. Devesi quindi ritenere che abbia avuto in mente l'antica azione ed abbia voluto estenderla anche ai casi indicati nella Novella con le modificazioni ivi stabilite. Nulladimeno tale sistema ha senza dubbio taluni notevoli dubbi contro di sè. Infatti gli si può obbiettare in contrario:

1) che la *querela inofficiosi* presuppone un testamento valido secondo il rigoroso diritto civile. Ma se per la esclusione dei figli o genitori o non è espresso affatto alcun motivo o un motivo non legittimo o quello indicato è falso, non si può ammettere in alcuno di questi casi che il testamento, contravvenendo appunto ad una let-

51) *Diss. de eo, quod circa materiam exheredationis et praeterit.* Nov. 115 c. 3 *mutatum est* (Giessae 1725).

52) *Sammlung jurist. philosoph. und kritischer Aufsätze* vol. I sez. 2 num. 2 pagina 73.

53) *Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. t. III § 697* pag. 849.

54) *Hist. iur. civ. de exhered. et praeterit.* § 26.

55) *Bonor. possess.* § 8 pag. 140.

terale disposizione del nuovo diritto civile, sia valido nulladimeno *stricto iure*. Infatti un atto che manca della conveniente forma cade da sè stesso.

2) Chi promuove la *querela inofficiosi testamenti* si fonda su questo che non merita la esclusione: ma se non è osservata la disposizione della Novella, per niente si considera se il diseredato abbia o no meritato la diseredazione. L'attore vincerebbe quindi anche se realmente avesse meritato la diseredazione.

3) Non si può neppure dire precisamente che abbiasi un atto inofficioso quando il testatore non ha indicato il motivo della diseredazione, potendo essersi astenuto dal dichiararlo o per disavvertenza o per riguardo al diseredato. Se pertanto nella legge si fosse pensato alla *querela inofficiosi*, dovrebbe bastare che il testatore abbia avuto un legittimo motivo, di cui l'erede può dimostrare la verità, per respingere l'attore. Ma la legge non ritiene ciò come sufficiente; sivero dice: *nisi forte ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint*. Se pertanto:

4) si può bensì ammettere che una precedente azione tocchi anche le nuove disposizioni delle leggi civili, quando la natura di quell'azione si adatta a tali nuove disposizioni e non contraddice ad esse; ma qui dove la trascuranza della nuova legge (Novella 115) porta con sè appunto il contrario di ciò che quella precedente azione (la quale secondo il sistema della inofficiosità è presupposta) essenzialmente richiede, non si può giustificare la conseguenza sulla quale quel sistema è costruito.

2.º Secondo il sistema della nullità si distingue nel caso che figli o genitori siano stati in lecita maniera preteriti o *rite* diseredati, cioè che la esclusione secondo l'antica forma è valida, se sia addotta o no una legittima causa. Nel secondo caso il testamento sarebbe nullo secondo il più recente diritto ed avrebbe luogo la *querela nullitatis iuris novi*. Nel primo caso invece il testamento sarebbe da ritenersi come inofficioso in quanto la causa addotta sia falsa e dovrebbe esser promossa la *querela inofficiosi*. Questo sistema, che è accolto anche dal nostro autore è difeso specialmente da STRUV⁵⁶⁾, SCHILTEE⁵⁷⁾,

⁵⁶⁾ *Synt. iur. civ.* Ex. X Th. 15 e Ex. XXXII Th. 32.

⁵⁷⁾ *Praxis iur. Rom.* Ex. XIV § 46 e Ex. XXXVIII § 54.

FABER ⁵⁸), BERGER ⁵⁹), STRYK ⁶⁰), COCCEII ⁶¹), BAUER ⁶²), WESTPHAL ⁶³), WALCH ⁶⁴), HAUBOLD ⁶⁵), frat. OVERBECK ⁶⁶), EMMINGHAUS ⁶⁷), MADIHN ⁶⁸) ed altri molti. Ad ambedue le azioni viene ascritta la stessa efficacia, che cioè non annullano l'intero testamento, ma soltanto la istituzione di erede: del resto sarebbero assai diverse riguardo alla prescrizione, al trapasso agli eredi e per altri aspetti. Ma anche a questo sistema opponesi l'importante obiezione che secondo la Novella 115 non è fatta alcuna distinzione relativamente all'efficacia fra i due casi, se cioè non sia addotto alcun legittimo motivo o il legittimo motivo addotto non possa essere provato. Ambedue i casi sono connessamente trattati nel luogo stesso dove sta la loro decisione; pertanto l'azione che secondo l'intenzione del legislatore è applicabile in un caso deve esserlo anche per l'altro. Non avendo il legislatore nominato alcune nuove azioni, nessuna può esser presupposta, ma deve essere creduta che egli abbia voluto limitarsi all'azione già conosciuta ⁶⁹). Che anche quando la diseredazione o preterizione è fatta senza addurre una legittima causa non abbia luogo l'azione di nullità, ma la *querela inofficiosi*, apparisce già da questo che non conviene affatto che mediante una sola e stessa espressione adoperata nella legge (*testamento evacuato*) possa essere indicato un testamento rescindibile ed un testamento nullo.

Fra i recenti sistemi che hanno veduto la luce intorno alla Novella 115 e al suo rapporto col precedente diritto e che non sono qui da trascurare, merita anzitutto una menzione la dottrina sostenuta dal signor consigliere intimo SCHNEIDT di Würzburgo ⁷⁰). Essa con-

⁵⁸) *De Errorib. Pragmat. Dec. XIV Err. 7.*

⁵⁹) *Oecon. iur. lib. II tit. 4 Th. 14 nota 2.*

⁶⁰) *Us. mod. Pand. h. t. § 4.*

⁶¹) *Ius. civ. contr. h. t. Qu. 7.*

⁶²) *Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredat. § 13.*

⁶³) *Theorie des R. R. von Testamenten §§ 548 e 559.*

⁶⁴) *Contr. iur. civ. Sect. II cap. 4 membr. 2 § 20.*

⁶⁵) *Diss. de differ. inter test. nullum et inoff. cap. 7.*

⁶⁶) *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien vol. 3 medit. 114.*

⁶⁷) *Ad COCCEIUM, loc. cit. nota e pag. 442.*

⁶⁸) *Princ. iur. Rom. de success. § 141.*

⁶⁹) KOCH, *Bon. poss. § 8 pag. 141.*

⁷⁰) *Diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule* (Wirceb. 1778) e

siste in questo che in caso di esclusione dei figli e dei genitori, secondo la Novella 115 venga meno la *querela inofficiosi* e sia subentrata al suo luogo una azione nuova (*condictio ex lege*) affatto differente nelle sue qualità essenziali da quella querela. L'antica querela, dice esso, non potrebbe più essere applicabile, perchè il motivo e la efficacia che nella Novella 115 sono attribuiti al nuovo mezzo giuridico non si adattano più a quella. Infatti il motivo della nuova azione non riposa più come nell'antica querela in un presupposto che il testatore non abbia avuto piena sanità di mente (onde il testamento mediante quella del tutto cadeva), ma piuttosto in questo, che non è stata osservata la prescrizione della nuova legge. Perciò il testamento mediante questa nuova azione verrebbe annullato soltanto riguardo alla istituzione di erede. E siccome mediante la Novella 115 il principale fondamento ed effetto dell'antica querela sono stati aboliti, non potrebbe quindi esser più questa, ovvero una nuova azione della quale ormai figli e genitori dovrebbero servirsi quando sono stati esclusi contrariamente al disposto della Novella: tale azione non potrebbe essere altro che la *condictio ex Nov. 115* ⁷¹⁾. Perciò questa nuova azione non sarebbe ristretta alla breve durata di cinque anni, perchè le *conditiones* si estinguono soltanto con la prescrizione trentennale. Essa trasmetterebbesi inoltre agli eredi quand'anche non vi sia stata alcuna preparazione per parte del defunto erede necessario, ecc.

Ma contro questa opinione il signor cancelliere KOCH ⁷²⁾ ha già ri-

dello stesso *Iurispr. for. in ord. systemat. redact. et supplet.* tom. I § 642 (Wirceb. 1802, 8).

⁷¹⁾ Le parole che racchiudono l'argomento principale, dicono così nella citata *Diss.* § 19: *Si alicuius actionis aut legis ratio fundamentalis simul et effectus principalis deficit, certum est, et legem et actionem cessare, praecipue si alia magis utilis substituitur et prior concessa tantum sit actio subsidiaria. Iam post. Nov. 115 cap. 3 et 4 cessat fundamentalis furoris ratio, utpote restricta testandi facultate non amplius necessaria. Cessat principalis huius furoris, et inde natae querelae effectus, infirmitas scilicet integri testamenti, et actio nova, seu condictio ex Novella 115 est data, quae certe utilior est priori, cum per eam voluntas testatoris, in quantum impia non est conservetur, neque alii legatarii, qui revera innocentes sunt, per talem testamenti partialem rescissionem laeduntur, sed solummodo illi, qui contra pietatem laesus est, subvenitur, et tantum extraneo instituto impietatem causanti hereditas admittitur; ex quo pleno fluere alveo videtur, quod querelae inofficiosi, utpote subsidiariae, post Novellam locus amplius esse haut possit.*

⁷²⁾ Vedi KOCH, *Bonor. poss.* § 8 pag. 148.

cordato che una *condictio ex lege* non può essere una azione reale, ma soltanto personale ⁷³⁾ e che la nuova azione potrebbe nullameno essere sempre una specie della petizione di eredità e per conseguenza un'azione reale. Per ciò poi che riguarda il principale fondamento di quella opinione (che cioè per la scomparsa del precedente motivo di una infermità di mente giuridicamente presupposta nel testatore come per la mutata efficacia, l'azione non potrebbe esser più l'antica querela, ma dovrebbero presupporre un mezzo giuridico nuovamente introdotto), sembra che la conseguenza che ne vien tratta non sia conforme ad una genuina interpretazione logica del diritto romano, quando si considera che in questo diritto non è raro che una legge conservi la sua validità quando anche i motivi, su cui originariamente riposava, siano di poi venuti meno. VOORDA ⁷⁴⁾ e WEBER ⁷⁵⁾ ne hanno adottati sufficienti esempli. GIUSTINIANO poteva quindi mutare il fondamento e l'effetto dell'azione senza abolire l'azione stessa, del che niente dice. Piuttosto le espressioni *rescisso testamento*, *evacuato testamento* che son proprie della *querela inofficiosi* ⁷⁶⁾ dimostrano il contrario, e fanno vedere che l'imperatore suppone qui un testamento valido secondo il rigore del diritto. Chi potrebbe credere che GIUSTINIANO, secondo il suo noto modo di pensare, avesse abolito ad un tratto tante leggi del Codice e delle Pandette, che trattano della querela, senza neppure dire una sillaba di ciò? Invero in ogni altro luogo dove egli voglia modificare o abolire il precedente diritto si dà premura di dichiararlo espressamente ⁷⁷⁾. Il signor consigliere intimo SCHNEIDT crede veramente che GIUSTINIANO abbia detto in modo abbastanza chiaro che l'antica querela debba essere abolita, poichè alla fine del capitolo 4.º della Novella 115 dicesi espressamente: *Si quid autem pro legatis vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus et*

⁷³⁾ § 15 I. *de action.* [4, 6], L. un. D. *de condict. ex lege* [13, 2].

⁷⁴⁾ *Interpret. et Emendat. iur. civ.* lib. I cap. 1.

⁷⁵⁾ *Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung* num. I §§ 16 e 17 pag. 55 seg. Si confronti anche THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts* § 15 e la parte I di questo Commentario § 58 pag. 363 del testo tedesco (pag. 299 dell'italiano).

⁷⁶⁾ L. 17 D. L. 28 C. h. t.

⁷⁷⁾ Si confronti qui la osservazione pag. 13 nota 55 di questo vol. (pag. 363 dell'edizione italiana).

quibuslibet aliis capitulis, in aliis legibus inventum fuerit, huic constitutioni contrarium hoc nullo modo volumus obtinere. Ma quando anche non si vogliono intendere le parole *quibuslibet aliis capitulis* come riferibili ai rimanenti accessori del testamento, per esempio alla sostituzione pupillare, come lo porta propriamente il nesso del discorso, non si può perciò ancora dimostrare una totale abolizione dell'azione di inofficiosità dei figli e genitori, ma piuttosto queste parole approdano a ciò che le precedenti leggi debbono essere quivi abolite in quanto sono incompatibili a questa nuova disposizione. Per esempio, che ora ai figli e genitori secondo questa legge non può essere lasciata più come un semplice legato la legittima a loro spettante, a quella guisa che poteva avvenire per le precedenti costituzioni dello stesso imperatore GIUSTINIANO, ma anche già per questo il testamento può essere impugnato come inofficioso: al qual proposito poco prima l'imperatore aveva espressamente negato la querela all'erede necessario ⁷³).

Nulladimeno questo sistema di SCHNEIDT ha trovato accoglienza presso molti giureconsulti ⁷⁴), i quali hanno tentato di migliorarlo in ciò che vogliono nominare la nuova azione che si presume introdotta dalla Novella 115 non già *condictio ex novella*, ma *querela nullitatis iuris novi*, ovvero una qualificata petizione di eredità. Tale opinione si potrebbe quindi dire il sistema di SCHNEIDT corretto.

Oltre il sistema di SCHNEIDT spicca preferibilmente sotto il suo punto di vista il nuovo sistema del prof. WOLTAER ⁸⁰) di cui pure brevemente devesi far cenno. WOLTAER distingue due casi: a) quando la esclusione degli eredi indicati necessari nella Novella 115 è fatta senza addurre un legittimo motivo. Qui egli ritiene nullo il testamento ri-

⁷³) Si ricordi qui la L. 30 C. h. t. Il sistema di SCHNEIDT fu completamente esaminato e confutato da F. WILH. GAMBSJAEGER in *Diss. de testamento in sp. inofficioso*, etc. parte IV § 2 nota 3 pag. 54 seg.

⁷⁴) Vedi THIBAUT, *System des Pandecten R.* vol. 2 § 819 pag. 234. — BOOK, *Lehre von der Enterbung* §§ 28-31. — WEBER sul *Commentario* di HÖPFNER § 525 nota 2 pag. 596. Del resto questa opinione non è nuova. Noi la troviamo con tutti gli argomenti addotti da SCHNEIDT in BALCKE, lib. II *Elect.* cap. 7 e in *Alex. Arn. PAGENSTECHER, Irnerius iniuria vapul.* Coit. XXI § 14 e Coit. XXX §§ 4 e 5.

⁸⁰) *Observat. iuris civ. et Brandenb.* fascicul. II obs. 27.

guardo all'intero suo contenuto. *b*) Se poi sia addotto un legittimo motivo, secondo la sua dottrina, non ha luogo la *querela inofficiosi testamenti iuris novi*, quando l'erede istituito non possa provare la verità del motivo addotto; in tal caso la successione rimarrebbe tuttavia testamentaria. L'escluso subentrerebbe in pari tempo come sostituito nel luogo dell'erede istituito, ma riceverebbe per sua quota di eredità ciò che egli avrebbe ricevuto *ab intestato* e dovrebbe per il resto far valere le disposizioni del testamento sui legati e altro. Ma questo sistema è in così aperta contraddizione con le chiare parole della Novella, che fra tutti è quello che deve calcolare sulla minore accoglienza. Il signor cancelliere KOCH ⁸¹⁾ lo ha, per soprappiù, di già esaminato più particolarmente.

Infine merita di esser pure notata una così detta opinione media di HÖPFNER ⁸²⁾. Egli pone, cioè, a base il secondo sistema o così detto sistema della nullità, ma lo modifica in questo che *a*) dove non è nel testamento alcun legittimo motivo, abbia luogo bensì la *querela nullitatis*, ma *b*) il testamento sia nullo semplicemente riguardo al diseredato, che quindi *c*) anche mediante un tale testamento nullo soltanto secondo la Novella 115 non venga rotto un precedente testamento; che *d*) la *querela nullitatis ex iure novo* duri soltanto cinque anni e non trapassi agli eredi quando non vi sia stata alcuna preparazione. Ma per tacere che questa opinione contraddice ad altri cogniti principii di diritto (poichè secondo il diritto civile un testamento nullo è tale non soltanto riguardo all'erede necessario, ma anche, in caso che questi dovesse premorire al testatore, riguardo a tutti gli eredi legittimi ⁸³⁾, anche con questa media opinione, la nuova azione supposta da HÖPFNER viene a formare un ente intermedio fra l'azione di nullità e di inofficiosità, a cui certamente GIUSTINIANO non ha pensato. Molto estesamente il signor cancelliere KOCH ⁸⁴⁾ si è dichiarato anche contro questa opinione.

⁸¹⁾ *Bon. poss.* § 8 pag. 150 seg.

⁸²⁾ *Commentar über die Institut.* § 525 nota 2 pag. 596.

⁸³⁾ Pr. I. *de exheredat. liber.* [2, 13], L. 7, L. 30, L. 32 D. *de liber. et postum.* [28, 2], L. 4 C. *de liberis praeteritis* [6, 28].

⁸⁴⁾ *Bonor. possess.* pag. 429 seg.

In tal guisa tutti i sistemi esposti sino a qui sono per certo ancor soggetti a molti dubbii; nulladimeno mi sembra che meriti tuttora la preferenza il sistema della inofficiosità, perchè non si trova in tutta la Novella 115 alcun indizio che GIUSTINIANO abbia voluto abolire l'azione d'inofficiosità in caso di esclusione di figli e genitori e introdurre in luogo di essa un nuovo mezzo giuridico. Veramente non è priva d'importanza la obiezione che un testamento il quale non è stato fatto secondo il disposto della legge è nullo in sè; l'azione d'inofficiosità invece presuppone secondo il rigoroso diritto un testamento valido. Tuttavia è ancora questione se in caso di esclusione di figli e genitori il legittimo motivo debba essere addotto in modo che tanto sia prescritto come forma di diseredazione che senza di ciò il testamento non possa sussistere in sè e *ipso iure*.

Secondo il completo scopo e la compilazione della Novella, io credo di poterne dubitare con fondamento. Infatti la intenzione dell'imperatore non era d'introdurre mediante la Novella 115 una nuova forma di esclusione pei figli e genitori, ma di determinare le cause di diseredazione le quali prima de' suoi tempi erano incerte e per lo più lasciate all'arbitrio dei giudici centumvirali e per mezzo di una legge perpetua di dar loro certezza ⁸⁵). Veramente, dice GIUSTINIANO nel cap. 3.º e 4.º della Novella 115: qualora dei genitori vogliano diseredare o preterire i loro figli, o dei figli i loro genitori, ciò non deve esser loro permesso che quando adducano nel testamento una legittima causa, la cui verità possa esser provata dall'erede. Ma GIUSTINIANO non richiede la indicazione di un legittimo motivo, perchè il testamento valga in sè, sivero perchè sia al sicuro da ogni impugnativa ⁸⁶). Quella appartiene quindi alla legittimità della esclusione, non però alla forma di questa di cui soltanto si deve giudicare secondo il precedente diritto ⁸⁷). Infatti lo scopo principale del legislatore era pro-

⁸⁵) Ciò dimostrano del tutto chiaramente le parole della Novella 115 cap. 3 dove GIUSTINIANO dice: *Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas, et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae visae nobis sunt ad ingratitudinem — ideo necessarium esse perspezimus, eas nominatim presenti lege comprehendere.*

⁸⁶) Jos. FINESTRES *Praelect. Cervar. ad tit. Dig. de liberis et postumis* parte IV cap. 3 § 32.

⁸⁷) Si veda specialmente *Du ROI, Diss. de testamento ob exheredationem sine elozio factam non ipso iure nullo* § 10.

priamente di tutelar i figli e genitori contro il torto della diseredazione, al quale secondo il precedente diritto per la incertezza delle cause di diseredazione erano sottoposti, come GIUSTINIANO su ciò molto chiaramente si è espresso, quando nel cap. 5.º della Novella 115 dice: *Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuriis liberos reddamus.* A questo torto credette il legislatore di potersi opporre nel modo più valido quando egli avesse precisato certe cause di diseredazione e avesse disposto che una od alcune, la cui verità l'erede istituito potesse provare, dovessero essere indicate nel testamento. Che poi, quando ciò non sia stato considerato, il testamento non sia per questo già in sè invalido, appare dalla circostanza che il legislatore espressamente dice dovere il testamento essere rescisso soltanto riguardo alla istituzione di erede, ma pel resto rimanere valido *et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.* Di fronte a questo significato delle parole come si può far uso qui della L. 5 C. *de leg.* [1, 17] nella quale dicesi: *Eu quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur?* Il testamento il quale non concorda col disposto della Novella dovrebbe considerarsi anzi come non fatto! Ora come poteva GIUSTINIANO dire senza assurdo che deve riguardarsi come non rescisso relativamente ai legati? Il più importante argomento che viene opposto al sistema della inofficiosità è tuttavia indubitatamente questo che dicesi l'intero disposto della Nov. 115 non convenire più alla *Querela inofficiosi*, poichè la essenza di questa consista in ciò che l'erede afferma di non avere meritato la diseredazione. Ma se il disposto della Novella non è osservato e il testamento viene impugnato per questo motivo, niente si ha riguardo se il diseredato abbia meritato o no la diseredazione.

Posto quindi anche che l'erede nel caso che la esclusione di un figlio sia avvenuta senza indicare una legittima causa potesse provare che una giusta causa esiste, secondo il disposto della Nov. 115 niente otterrà con questa prova con la quale tuttavia il convenuto avrebbe dovuto trovare ascolto contro la *querela inofficiosi testamenti.*

Ma se si guardi la cosa dal suo vero aspetto, sarà facile confutare anche questa obiezione. Il legislatore parte dal principio che la diseredazione o la preterizione sono una offesa dell'erede necessario il

quale ha un fondato diritto alla legittima⁸⁸⁾. Questo torto è intuitivo quando genitori senza legittima causa escludano i loro figli e figli i genitori, poichè i primi per la voce della natura come per una tacita legge, vengono richiesti di lasciare la eredità ai loro figli a preferenza di tutti gli altri, la legge della gratitudine per il dono della vita e il beneficio della educazione impone ai secondi il dovere di lasciare per affetto il loro patrimonio ai genitori quando *turbato mortalitatis ordine* muoiono prima di questi⁸⁹⁾. Ora il legislatore vuole tutelare contro questo torto i figli e i genitori. *Haec vero disposuimus*, dice egli espressamente nel cap. 5, *ut tam parentes, quam liberos a testamentorum iniuria liberemus*. Quindi la diseredazione o la preterizione dei figli e dei genitori deve ritenersi legittima e il testamento non potere essere impugnato, quando non solo esista una legittima causa, ma anche sia nominatamente stata indicata nel testamento. Se ciò non è fatto, la esclusione è da ritenere come illegittima e iniqua e il

⁸⁸⁾ Nelle leggi la diseredazione vien detta espressamente una *iniuria*; così la dice PAPINIANO nella L. 8 pr. D. h. t. e GAIUS dice nella L. 4 C. *eodem*: *Non consentiendum est parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt*. TRIFONINO la chiama nella L. 22 D. *eodem* una *indignatio*. Si riteneva quindi la esclusione nel testamento tanto offensiva, quanto invece onorevole la istituzione ivi in erede. L. 3 § 2 D. *de legat. praestandis contra tab. bon. poss. petita* [37, 5], L. 52 § 2 D. *de iudic.*, L. 1 C. *de bon. poss. contra tab.* [6, 12]. CICERO, *Pro Quint.* cap. 4, *pro Cuccina* cap. 4. — QUINTILIANO, *Declamat.* 332. — SENECA, *Declamat.* lib. II dec. 7. Quindi gli eredi vengono sempre detti *honora'ti*. Si confronti *Barn. BRISSONII, Selectar. ex iure civ. Antiquit.* lib. IV cap. 19. — *Ev. OTTONIS Papinianus* cap. VI § 2. — *Guil. FORNERIUS, Selection.* lib. I cap. 19. — *Henr. Io. ARNTZENII, Specim. Observation.* (Leovardiae 1761, 8) cap. 5 e *Cur. Fried.* ZEPERNICK ad *SICCAMAM de iudicio centumvirali* lib. II cap. 6 nota c pag. 148.

⁸⁹⁾ PAOLO dice nella L. 7 D. *de bonis damnator.* [48, 20]: *Ratio naturalis quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addicit*. E dei genitori dice PAPINIANO L. 15 D. *de inoff. test.*: *Etsi parentibus non debeat filiorum hereditas propter votum parentum, et naturalem erga filios charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet*. In un altro luogo (L. 7 § 1 D. *si tab. testam. nullae* [38, 6]) PAPINIANO appunto istituisce questo confronto: *Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum debeat hereditas. Parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturae simul et parentum commune votum*. Si confronti sopra questi passi *Ger. NOODT, Commentar. ad Dig. h. t. tom. II Operum* pag. 161, e *Er. OTTO in Papinian.* cap. 10 § 2 pag. 247 seg. (edit. di Brema 1743, 8).

testamento può essere impugnato sebbene l'erede istituito potesse provare che il testatore ha avuto una legittima causa di diseredazione. Infatti appunto per questo, che tale causa non è stata indicata nel testamento, la esclusione, quantunque del resto avesse anche potuto esser fatta col migliore diritto, diventa nondimeno ingiusta e inofficiosa. Se si considera la cosa da tale aspetto io non vedo perchè questo caso non debba essere adatto all'azione d'inofficiosità, la cui natura, come GIUSTINIANO ⁹⁰⁾ dice, consiste in ciò che l'attore sostiene di essere stato diseredato o preterito contro il diritto e l'equità. I difensori del sistema della nullità ammettono pure che la querela del testamento inofficioso sia fondata secondo la Nov. 115 quando è indicato un legittimo motivo, il quale però non è conforme al vero. Ora la legge non fa alcuna distinzione fra i due casi se un motivo sia stato indicato o no, ma il testamento così nell'uno, come nell'altro caso deve esser rescisso; deve quindi tanto nell'uno quanto nell'altro caso aver luogo la *Querela inofficiosi*, poichè non è detto mai che quest'azione debba essere abolita od esserne introdotta una nuova. Appare di qui che sebbene mediante la Nov. 115 sia stata modificata ^{m)} riguardo alla sua efficacia pei figli e genitori, le è tuttavia

⁹⁰⁾ Pr. I. h. t.

^{m)} Così appunto anche il BRINZ, III § 378 pag. 110 ammette una modificata *querela inofficiosi testamenti*. I grandi argomenti su cui si appoggiano i sostenitori del sistema della nullità sono anzitutto le parole stesse della Novella, la quale è greca. Quindi facilmente accade che si traducano le parole del testo con parole delle fonti latine, che hanno un carattere tecnico per noi. Ma si fa così un'assimilazione, la quale è tutt'altro che certa. E si attribuisce in pari tempo all'imperatore una precisione di linguaggio che è molto disputabile se gli dobbiamo presuntivamente attribuire. Ora a me sembrano molto giudiziose le osservazioni del BRINZ, III § 378 nota 21, che le espressioni relative alle conseguenze della violazione della Novella corrispondano a quelle adoperate nel Codice per la *querela inoff. testam.* Le parole *ἀνατρέψαν* e *ἀποστρέψαν* τὴν διαθήκην (Nov. 115 cap. 3 in f. e 4 in f.) sono traduzioni di *subvertere testamentum*, il che vien pure adoperato da GIUSTINIANO per l'effetto della querela (L. 30 C. *inoff.* 3, 28). Anche il FRANCKE naturalmente dà molto peso alla frase *rescisso* o *verso* *testamento*, osservando che la frase *lex rescindit* è proprio la espressione tecnica per la legale dichiarazione di nullità. Ma si vede bene che di ciò son poco persuasi i seguaci del sistema della nullità, perchè anzi il VANGEROW, § 485 *Ann.* n. 3, si contenta di dire che le espressioni *evacuato testamento* e *rescisso testamento* non stanno in alcun modo in contraddizione con quel sistema. Al FRANCKE poi si può opporre che egli stesso (op. cit. pag. 137) aveva insegnato come si possa dire dalle fonti *iudicium patris rescinditur* quando pure, ottenuta la *bonorum possessio contra tabulas*, il testamento resta civilmente valido.

del resto assegnato un più esteso campo di azione, poichè adesso può esser promossa con felice risultato in alcuni casi nei quali per lo innanzi non aveva luogo. Infatti secondo il precedente diritto il testatore non aveva bisogno di dichiarare perchè egli avesse diseredato i suoi eredi necessari, ma il testamento restava valido semprechè l'erede potesse provare che il diseredato aveva dato un fondato motivo alla sua esclusione. Ora invece la querela pei figli e genitori è fondata quando non sia stato indicato motivo alcuno, posto anche che esistesse un motivo di pari importanza. Inoltre, la querela cessava di aver luogo quando fosse stata lasciata all'erede necessario la competente legittima, vuoi che fosse accaduto sotto forma di istituzione d'erede, vuoi sotto altro titolo singolare. Ma secondo la Nov. 115 il testamento può essere attaccato come inofficioso, quando la legittima fu lasciata ai figli e ai genitori senza il meritato onore dell'istituzione di erede. Per lo contrario l'uso dell'azione d'inofficiosità è stato dall'altra parte ristretto in quanto che mentre per lo innanzi era quasi intieramente rilasciato all'arbitrio del giudice di ammettere o no la inofficiosità di un testamento, d'ora in poi secondo la nuova legge egli è legato a determinate circostanze, riguardo alle quali non ha luogo alcuna interpretazione estensiva.

Il risultato di tutto questo consiste adunque in ciò. Se gli eredi necessari non siano istituiti o sono stati preteriti o diseredati.

I) Se sono preteriti, ciò può essere avvenuto

1. nel testamento di un ascendente paterno e quindi o sono stati preteriti

Anche la delazione dell'eredità *ab intestato* che viene indicata come conseguenza di quell'impugnativa del testamento (Nov. 115 cap. cit.) ricorre con le stesse parole per la querela nella L. 34 C. *inoff.* Che del resto, in conseguenza della rescissione, debba subentrare dovunque assolutamente la successione intestata, e qui il testatore non possa piuttosto morire *pro parte testatus pro parte intestatus*, osserva a ragione il BRINZ, non è detto abbastanza espressamente per alcun caso nel cap. 3 della Novella. Infine, se anche vogliasi ammettere che i Basilici non hanno un preciso sistema (forse anche perchè questi sistemi li andiamo costruendo noi e li vogliamo quindi scoprire nelle fonti!) non può non avere importanza nella questione che anche nel diritto postgiustiniano bizantino l'antica *querela inofficiosi testamenti* (αἰτιολογία τῆς διαθήκης) compare come il mezzo esclusivamente e generalmente pratico e soltanto riguardo al suo fondamento e alla sua efficacia è trasformata e modificata dalla Novella 115 (ZACHARIAE v. LING. op. cit. pag. 154). Così i glossatori non dubitano che la querela sussista ancora almeno per alcuni casi. Cfr. ROSSHIRT, op. cit. pag. 378).

a) del tutto col silenzio.

In tal caso i discendenti già nati al tempo del testamento possono impugnarlo come nullo sin da principio, i *postumi* come *ruptum*. Se vogliono, possono anche servirsi della *bonorum possessio contra tabulas*. Ovvero

b) la legittima è bensì lasciata al figlio, ma non in tal guisa come giustamente avrebbe dovuto avvenire: fu loro lasciata, senza istituirli eredi, semplicemente come un legato.

In tal caso il testamento secondo la Nov. 115 può essere attaccato quale *inofficiosum*, poichè la preterizione è da considerare qui come una inofficiosa diseredazione.

2. Se la preterizione degli eredi necessari è avvenuta non per parte di un ascendente paterno, ma di un altro testatore ha l'effetto della diseredazione.

II) Se gli eredi necessari sono diseredati, la diseredazione o è invalida

a) secondo la forma del precedente diritto.

Qui rende nullo soltanto il testamento di un ascendente paterno, essendo considerata pari ad una preterizione. Ovvero

b) la diseredazione è valida secondo il precedente diritto. Qui devesi nuovamente distinguere se la esclusione è avvenuta per una giusta e vera causa o no. Nel primo caso non ha luogo azione alcuna, nel secondo il testamento può essere attaccato come inofficioso, e cioè:

1. da figli e genitori, quando la loro esclusione o è avvenuta senza indicazione di una causa determinata nella Nov. 115, o la causa indicata è una di quelle approvate in questa nuova legge, ma l'erede istituito non è in grado di provarne la verità. Ciò dicasi tuttavia soltanto relativamente alla istituzione di erede; tutte le restanti disposizioni testamentarie rimangono valide.

2. da fratelli e sorelle invece quando sia stata preferita a loro una turpe e spregevole persona. La legittimità del motivo della loro esclusione, mancando qui nondimeno una legale fissazione, deve essere rilasciata al criterio del giudice. La querela vien meno interamente anche per essi, quando in quel caso sia stata assegnata loro la legittima sotto qualsivoglia titolo, sia per atto a causa di morte,

sia tra vivi. Del resto l'azione d'inefficiosità che spetta a loro è l'antica, come era configurata prima della Nov. 115.

Secondo questa esposizione un *testamentum inofficiosum* sarebbe quello che riguardo alla forma non è invalido in sè, ma può essere impugnato pel motivo che è sottratta all'erede necessario la legittima che gli spetta, o in modo inofficioso o mediante totale esclusione, ovvero per lo meno non gli è stata lasciata in quella maniera, che la legge impone, come dovere, al testatore ⁹¹).

§ 552.

Diversi modi d'impugnare un testamento come inofficioso.

Concetto della querela inoff. testamenti. Natura di essa.

Il mezzo giuridico contro un testamento inofficioso è pertanto la *Querela inofficiosi testamenti*, la cui caratteristica natura ed i cui effetti voglio adesso ancor più da vicino spiegare. Per determinare il concetto di questo mezzo giuridico più esattamente di quello che d'ordinario accada e particolarmente anche per parte del nostro au-

⁹¹) WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1006 dice: « Un testamento ingiusto e inofficioso è quello nel quale coloro, cui si era obbligati di lasciare la legittima, sono stati esclusi ivi in tal guisa che niente è da obiettare contro la forma del testamento, ma tuttavia il testatore merita il rimprovero che senza legittima causa ha fatto la esclusione. » Invece lo HAUBOLD in *Diss. de different. inter testamentum nullum et inofficiosum* cap. 2 pag. 7 precisa il concetto così: *Testamentum inofficiosum est id, in quo aut liberi ex iusta sed falsa causa a patre exheredati, aut liberi nepotesve a matre vel avo materno, parentes item a liberis, ac fratres et sorores a fratribus et sororibus turpi persona instituta, ex causa iniusta vel falsa exheredati vel omnino praeteriti sunt.* Che questi concetti difettino di una esatta determinazione è già stato dimostrato da STEIN, *Versuche einer theor. pr. Abhandlung über die Lehre des R. R. von pflichtwidrigen Testamenten* § 7. La maggior parte dei giureconsulti concorda tuttavia in questo che sia da dirsi *testamentum inofficiosum* quello *in quo personae, quibus ex defuncti hereditate debetur legitima, rite quidem, sed inique et contra officium pietatis exclusae sunt.* Così HOFACKER in *Princ. iur. civ.* tom. II § 1692. — REUTER in *Diss. de effectu querelae inoff. testamenti iuxta ord. edicti successorii institutae intuitu non querentis* § 20. Solo discordano allorchè si domanda quando una esclusione sia fatta rite e quando inique.

tore ⁹²⁾, io devo soprattutto osservare che un testamento può essere impugnato come inofficioso in tre modi: cioè mediante una eccezione, mediante un'azione o mediante una replica ⁹³⁾. Si distinguono i seguenti casi. L'erede necessario escluso o è nel possesso dell'eredità o no: nel primo caso può presentare le sue doglianze contro il testamento sotto forma di eccezione, quando l'erede istituito lo convenga con la petizione di eredità. Qui la querela diventa una pregiudiziale rimpetto alla *hereditatis petitio* sollevata dall'erede scritto, ed essa al pari dell'azione deve rivolgersi alla rescissione del testamento inofficioso. Invero il testamento valido deve essere annullato prima che l'attore possa essere respinto ⁹⁴⁾. A ciò riferiscesi quello che ULPIANO ⁹⁵⁾ dice: *Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis; scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querelam inducat; quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret*, dove l'ultime parole chiaramente indicano il contenuto della domanda giudiziale e, come SCHILTEE ⁹⁶⁾ del tutto esattamente osserva, a questo alludono *ut testamentum tanquam inofficioso, rescinderetur*. Il caratteristico di questa querela consiste in ciò che essa non appare come una *hereditatis petitio* qui dove il diseredato è già in possesso della eredità, ma è da considerare come un semplice *iudicium rescindens*, il quale tuttavia infine, come ogni altra eccezione, ha principalmente per scopo il respingimento dell'attore ⁹⁷⁾.

⁹²⁾ HELLFELD dice: *Querela inofficiosi est actio competens heredibus necessariis ex iusta quidem et falsa causa exhereditatis, contra heredem in testamento scriptum, ad id, ut testamentum quoad formam recte conditum rescindatur, sibi que hereditas ab intestato concedatur.*

⁹³⁾ Vedi Bern. Henr. REINOLDI, *Diss. de causis in quibus etiam nunc Querela I. T. est necessaria* § IV in *Opuscol.* pag. 342.

⁹⁴⁾ La eccezione che il testamento in cui l'erede ha fondato la sua azione sia inofficioso e come tale da rescindere è quindi una *exceptio praeiudicialis*, la quale ha la efficacia che la sentenza se all'attore debba essere dichiarata spettante l'eredità deve rimanere in sospenso fino a che non fu deciso intorno alla eccezione del testamento inofficioso. Vedi Iac. RAEVARDUS *De Praeiudicialibus* lib. I cap. II e specialmente Iust. Henr. BOEIMERI, *Diss. de exceptione praeiudiciali* cap. I § 11 seg.

⁹⁵⁾ L. 8 § 13 D. h. t.

⁹⁶⁾ *Praxis iuris Rom.* Exercit. XI § 32 pag. 244.

⁹⁷⁾ Si veda qui specialmente WEBER, *Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen*

Nel secondo caso invece, siccome il diseredato non è in possesso dell'eredità, deve comparire come attore e può a suo piacimento promuovere l'azione di inofficiosità o senza far menzione del testamento inofficioso nella sua azione, la semplice *hereditatis petitio*, e quando poi l'erede oppone all'attore la eccezione della esistenza di un testamento nel quale l'attore è stato diseredato per un legittimo motivo, questi può dire nella replica di non aver meritato la diseredazione, poichè il motivo non è fondato e il convenuto non potrebbe mai provare la verità di esso. Egli può quindi presentare qui pure la domanda che il testamento venga rescisso come inofficioso, ed egli attore sia dichiarato erede legittimo del defunto ⁹⁸⁾.

La querela del testamento inofficioso sarebbe dunque da definire più esattamente nel seguente modo, dicendo essere quel mezzo giuridico di cui si servono gli eredi necessari che sono stati preteriti o diseredati in una forma in sè veramente non invalida, ma non di meno ingiusta, sì contro l'erede istituito, sì contro ogni altro successore che subentri al suo luogo, e che ha lo scopo di fare annullare il testamento fatto, come inofficioso, e di far dichiarare per conseguenza l'attore come erede legittimo del convenuto, e quando sia promossa come azione, di far condannare il convenuto e di far restituire all'attore la eredità con tutti gli utili e le pertinenze mediante un inventario giuridicamente valido o, in sua mancanza, una specificazione

Klagen und Einreden 1.^a punt. num. 1 e segnatamente pag. 13. Confronta tuttavia ciò che in contrario è ricordato nella *Biblioteca universale giuridica di Tubinga* vol. I (Tübingen 1796) pag. 347 seg.

⁹⁸⁾ Che oggi pure sia possibile di presentare come replica le doglianze contro un testamento inofficioso è fuori di dubbio. Si veda soltanto CARRACHII, *Adnotation. ad BÖHMERI doctr. de actionibus* Sect. II cap. 3 § 30 ad v. *potest* e HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1690 nota 6 pag. 854. Ma che ciò sia conforme anche al diritto romano appare dalla giusta spiegazione di un passo di PAOLO, lib. IV *Receptar. sententiar.* tit. 5 § 4 dove egli dice: *Qui inofficiosum dicere potest hereditatem petere non prohibetur*. Tali parole, come GER. NOODT in *Comm. ad Dig. h. t.* (*Oper.* tom. II pag. 158) dice, non hanno palesemente altro senso che questo: A chi può attaccare un testamento come inofficioso non è vietato di promuovere tosto anche la semplice petizione di eredità e può quindi, quando gli viene opposta la *exceptio testamenti*, invalidarla con la replica che il testamento sia inofficioso e perciò da rescindere. Vedasi anche VINNIUS in *Select. iuris Quæstion.* lib. I cap. 19 in fine.

giurata ⁹⁹⁾. Se questa querela viene adoperata come azione, nel qual caso è anche detta *actio inofficiosa* ¹⁰⁰⁾, essa è una vera e cioè qualificata petizione di eredità, poichè le leggi ¹⁾ dicono espressamente, *per inofficiosi actionem ipsam peti hereditatem, nec ullam aliam, quam hereditatis petitionem exerceri*. Anzi GIUSTINIANO ²⁾ chiama l'azione d'inofficiosità una *hereditatis petitio ex nomine de inofficioso*. Quando pertanto più giureconsulti così antichi come moderni ³⁾ vogliono, non ostante ciò, ritenere l'azione di inofficiosità come un mezzo giuridico preparatorio, mediante il quale si cerchi semplicemente di aprire l'adito alla *hereditatis petitio*, e col quale è domandata quindi soltanto la rescissione del testamento inofficioso ⁿ⁾, mentre la consegna stessa

⁹⁹⁾ Vedi SCHMIDTS *pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden* § 544. Inoltre son pure da ricordare *Christ. Heir. BREUNING, Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in legitima et querela inoff. test. liberorum* (Lipsiae 1762). — *Car. Frid. PAELICKE, Diss. de erroribus quibusdam circa querelam inofficiosi testamenti* (Helmstadii 1763). — *Christ. Frid. Benj. HOMMEL, Diss. de differentiis inter querelam inofficiosi, quae parentibus ac liberis et quae fratribus competit* (Erford. 1773). — *Ge. Casp. De AINA, Diss. de querela inofficiosi testamenti fratrum in specie* (Altorfii 1697) e specialmente *Ed. SCHIRADER, Commentat. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testamenti* (Goett. 1802). — *Christ. Frid. Bern. FUNK, Comment. in contrav. iur. civ. de nexu inter successionem ab int. et querelam inofficiosi testamenti an quidem e' quatenus ab illa ad hanc argumentum duci possit* (Goett. 1802) e *I. C. ROBERTI, Comment. historico-dogmatica de querela inofficiosi testamenti P. I. continens historiam querelae testam. inoff. usque ad Constantinum M. Imp.* (Goett. 1802).

¹⁰⁰⁾ L. 12 § 3, L. 15 § 2 D. h. t., L. 25, L. 27 e L. 30 C. *colem.*

¹⁾ L. 8 § 8 D. h. t., L. 20, L. 21 § 2, L. 27 § 3 D. *cod.*, L. 7 § 1 D. *de hered. petit.* L. 20 D. *de bon. poss. contra tab.* e L. 3 C. *de hered. petit.* [3, 31]. Si confronti qui la citata memoria di STEIN § 22 nota 6 pag. 79.

²⁾ L. 34 C. *de inoff. testam.*

³⁾ *RAEVARDUS de Praeiuiciis* lib. I cap. 13. — *Franc. BROEUS in Expositio-nib. in Imp. IUSTINIANI, Institution. h. t. § 4.* — *De COCCEJI, Ius civ. contrav. h. t. Qu. 2.* — *Ev. OTTO in Commentar. ad Institut. h. t. in princ. num. 6.* — *Io. Hartw. REUTER, Diss. de effectu querelae inoff. test. iuxta ord. edicti succ.* §§ 26-29. — *Ferd. Aug. HOMMEL, Diss. de victoria querelae inofficiosi tertio proficua* (Lipsiae 1719) § 10. — *WOLTAER in Observat. iur. civ. fasc. II obs. 27* §§ 2-4. — *Lud. God. MADIHN, Princ. iur. Rom. de successio-nib.* § 264 e *HAUBOLD in Diss. de different. inter testam. nullum et inoff. cap. IV* pag. 16.

ⁿ⁾ Questa idea era già nella glossa (*ad L. 20 D. de inoff. testam.*) e in *AZONE (Summa Cod. ad. tit. de inoff. test. §§ 1, 17, 18)*. Cfr. *ROSSHIRT, op. cit. pag. 376, FRANCKE, op.*

dell'eredità non potrebbe essere ottenuta se non con la *hereditatis petitio* da promuoversi poi, ovvero da cumularsi oggigiorno con la querela, questa è un'ipotesi tanto indimostrabile e da altri ⁴⁾ omai da lungo tempo contraddetta, quanto la opinione di Antonio FABRO ⁵⁾ che la querela originariamente sia stata un'azione popolare. Infatti, niuno può promuovere con vantaggio l'azione d'inofficiosità, eccetto quegli cui anzi tutto sarebbe spettata *ab intestato* la eredità da cui è stato escluso col testamento inofficioso. ULPIANO ⁶⁾ lo insegna chiaramente dicendo: *Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, nemo enim cum repellit, et casu obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem*. Si può quindi anche dire che l'azione d'inofficiosità ha per fondamento un diritto di successione intestata ⁷⁾; a ciò

4) ARR. VINNIUS in *Select. iur. Quaest.* lib. I cap. 19. — VOET in *Comment. ad Pand.* h. t. § 4. — GER. NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. tom. II *Oper.* p. 157. — ANT. SCHULTING in *Iurisprud. anteiust.* pag. 396 nota 11. — LUC. VAN DE POLL, *De exheredit. et praeterit.* cap. LXXXI § 18 seg. — WALCH, *Introd. in controver. iur. civ.* pag. 725. — WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1019. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1630 nota 6 e SCHRADER in *Comment. cit.* §§ 53-61.

5) *Rational. ad Dig.* ad L. 1 h. t. Egli riferisce alla L. 1 D. h. t. il qual passo vien da lui emendato così: *Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas: omnibus enim de inofficioso licet disputare*. Ritiene poi tutto il resto come non genuina aggiunta. Ma già CORN. VAN BYNKERSHOEK, *Osservat. iur. Rom.* lib. V cap. 5, ha sufficientemente confutato questo capriccio. Per soprappiù anche SCHRADER, *cit. Commentar* § 6.

6) L. 6 § 1 D. h. t. Si veda ciò che altrove (§ 543 pag. 3) ho osservato intorno a questo passo.

7) PET. DE TOULLIEU in *Diss. de querela inofficiosi* (in *Collectan. iur. civ.* Groningae 1737, 4 pag. 230 seg.) dice che la querela del testamento inofficioso sia stata d'ora in poi una vera *petitio hereditatis*, tuttavia in origine non già *ab intestato* quanto piuttosto un'actio *ex lege naturae ob delictum neglecti contra pietatem iuste sanguinis*; ma secondo il nuovissimo diritto e oggigiorno

cit. pag. 253 seg., il quale pure la combatte come contraria alle fonti. Non si può dire più accolta, quantunque conti tuttora degli aderenti, quali il BLUNTSCHLI, *Erbfolge gegen den letzten Willen*, pag. 172 seg.; il FABRICIUS, *Ursprung und Entwick. der B. P.* pag. 136 seg.; l'ARNDTS, *Civ. Schrift.*, II, pag. 579 seg., ecc. Alle obiezioni del FABRICIUS a favore dell'antica opinione risponde vittoriosamente il VANGEROW, § 478 *Anm. n. 1*. Su tale questione è da vedere ora UNZNER, *Die querela inofficiosi testamenti* (München 1891) pag. 22 segg., il quale sostiene che la querela tanto nel diritto romano classico come nel giustiniano è azione a sé.

niente contraddice che tale querela presupponga un *testamentum rite conditum*. Infatti la esistenza di un testamento esclude la successione intestata quando è un testamento valido sotto ogni aspetto, nè in alcuna guisa può essere impugnato. Ma, qui parlasi di un testamento inofficioso, mediante il quale la successione intestata non è esclusa. si vero impedita sino alla rescissione del medesimo.

§ 553.

Origine della querela inofficiosi.

A ragione ascrive il nostro autore la origine di questa querela ad un ritrovato dei giureconsulti romani. Ciò è dimostrato inconfutabilmente dalla finzione, che MARCIANO ⁸⁾ ricorda, cui si dovette ricorrere per introdurre la querela. Un tale ripiego che non potesse esser del tutto sano di mente un testatore che, sordo alle voci di natura, avesse pronunciato una così inofficiosa sentenza riguardo ai suoi più prossimi consanguinei, non avrebbe mai bisognato, come Everardo OTTO ⁹⁾ molto giustamente osserva, se la querela di inofficiosità fosse stata introdotta sin da principio mediante un'espressa legge. Bisogna quindi veramente meravigliarsi come malgrado questa evidenza di prova, la ipotesi del CUIACIO ¹⁰⁾, che la querela sia stata introdotta mediante una certa *Lex Glicia*, di cui è cenno nella iscrizione della L. 4, D. t., abbia potuto trovare tanti aderenti ¹¹⁾. Tanto più devesi rimpiangere

sia una semplice *petitio ab intestato*. Si veda tuttavia ciò che PÜTTMANN in *Interpret. et Observat.* cap. 34 ha ricordato in contrario.

⁸⁾ L. 2 D. h. t.

⁹⁾ *Commentar* ad pr. I. h. t.

¹⁰⁾ *Observat.* lib. II cap. 21 e lib. XIV cap. 14. Ambedue i passi trovansi riprodotti con dotte osservazioni del signor direttore ZEPERNICK in SICCAMA, *De iudicio centumvirali* (Hallae 1716) pagine 278-283.

¹¹⁾ Al CUIACIO hanno acceduto Ant. AUGUSTINUS *De legibus et Sctis* (Parisiis 1584 f.) in *L. Glicia* pag. 65. Tuttavia egli è titubante. *Vereor tamen*, dice esso, *ne non mendosus hic locus sit*. Con più fiducia accedono al CUIACIO, Sibr. Tet. SICCAMA, *de iudicio centumvirali* lib. II cap. 6. — Io. Vinc. GRAVINA, *De legib. et Sctis* cap. 80 (*Oper.* pag. 411 Ediz. Mascow). — Dion. GOTHOFREDUS ad L. 4 D. h. t. — Guid. PANZIROLLUS in *Thes. variar. lection.* lib. II cap. 23 e Ant. TERRASSON, *Histoire de la Jurispruèl.* pag. 125.

l'inutile impiego di erudizione col quale anche in tempi recenti quella ipotesi cuiaciana, malgrado la fondamentale confutazione di *Cornelius van BYNKERSHOEK* ¹²⁾, ha potuto essere appoggiata in un apposito scritto ¹³⁾. Si può anche ammettere che la iscrizione della L. 4 D. h. t. *GAIVS, lib. singulari ad Legem Gliciam*, come anche trovasi nella lezione fiorentina, non sia falsificata e che la *Lex Glicia* ivi ricordata non sia una finzione, come la vogliono ritenere *BYNKERSHOEK* e *Abraham WIELING* ¹⁴⁾. Infatti gli argomenti che adduce *Christ. Henr. BREUNING* ¹⁵⁾ per la genuinità di quella iscrizione non sono privi di importanza. Di questa opinione è pure *Carlo Federico WALCH* ¹⁶⁾. Ma da ciò non discende ancora che la querela sia stata introdotta mediante questa *Lex Glicia* ^{o)}. Ancor minore accoglienza merita tuttavia la opinione di quei giureconsulti ¹⁷⁾, i quali vogliono derivare la origine della querela d'inofficio dalle costituzioni imperiali. Infatti già ai tempi della repubblica romana, come avrebbe potuto esser promossa con tale effetto dinanzi al tribunale centumvirale la querela contro testamenti inofficiosi, secondo che mostrano gli esempi in

¹²⁾ *Observation. iur. Rom.* lib. II cap. 12.

¹³⁾ *Cur. LOVARDUS* in *Lib. de vera origine querelae inoff. testamenti e lege Glicia* (Dresdae 1762, 8). Nulladimeno (*VOLHARD*) discorda dal *CUIACIO* in questo che egli ritiene *M. CLAUD. GLICIA* come autore della legge, sulla cui proposta, durante il suo tribunato nell'anno 514 o 516, sarebbe stato concesso il diritto alla eredità. Invece il *CUIACIO* ascrive la *L. Glicia* ad un certo dittatore *GLICIA* e la pone nell'anno di Roma 504. Gli argomenti contenuti in questo scritto sono stati fundamentalmente esaminati e confutati dal signor direttore *ZEPERNICK* con la dottrina propria di questo elegante giureconsulto *Ad SICCAMAM de iudicio centumvir.* lib. II cap. 6 nota e pag. 149 seg.

¹⁴⁾ *Iurisprud. restituta* pag. 66.

¹⁵⁾ *Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in legitima et Querela inoff. test. liberorum* cap. 4.

¹⁶⁾ *Diss. de querelae inoff. donationis praescriptione* § 1 nota * pag. 2.

¹⁷⁾ *Franc. DUARENUS* ad tit. *Dig. de inoff. test.* cap. 2 e *Cur. Died. REICHELIN*, *Diss. de origine querelae inofficiosi testamenti* (Hallae 1795, 8) Sect. I § 7.

^{o)} Infatti, la genuinità della iscrizione (è accolta anche nella edizione del *MOMMSEN*) non può avere decisiva importanza nella ricerca sulla origine storica della *querela*, se per altra via non si possa dimostrare la derivazione di questa da quella legge. Né tal prova è stata mai fornita, né potrà esserlo mai. Noi cerchiamo talora una origine legislativa di talune figure giuridiche che nascono e crescono spontaneamente nella pratica della vita e nell'uso del foro. Anche quando le regola una legge, molte volte non si tratta che di dar norme a figure e mezzi giuridici già in uso da gran tempo.

Valerio MASSIMO¹⁸⁾ e in CICEBONE¹⁹⁾, se quella asserzione fosse vera? Nè infine si può fare scaturire la querela immediatamente dall'editto del pretore^{p)}. Il PRITHOEUUS²⁰⁾ è tuttavia di questa opinione e crede che essa possa essere pienamente appoggiata ad un passo di PAOLO²¹⁾ che dice: *Qui sui heredes sunt, ipso iure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi, aut infantes et peregrinantes, quibus bonorum possessionis (ius) propter praetoriam actionem non erit necessarium*. Questa prova si offriva così chiara anche al dotto ricostruttore dell'editto perpetuo Gugl. RANCHINO²²⁾ che non ebbe alcun scrupolo di presentare le seguenti parole dell'editto *veluti legitima: Si quis testamentum inofficiosum dicere velit, eo quod iniuste se exhereda-*

18) Lib. VII cap. 7. Un bel commento a questo passo di VALERIO MASSIMO è fornito da Ant. SCHULTING in *Diss. de testamentis rescissis* (Commentation. acad. vol. I Diss. 6).

19) In *Verrem* Orat. I cap. 42.

20) *Ad Collation. Mosaic. et Leg. Romanar.* tit. XVI § 3.

21) *Sentent. Recept.* lib. IV tit. 8 § 5 in Ant. SCHULTING, *Iurisprud. Anteiust.* pag. 408.

22) In *Edict. perpet. restitut.* lib. V tit. 3.

p) Ciò è tanto più vero in quanto non si può asserire in alcun modo che vi fosse nell'editto pretorio un'apposita rubrica relativa alla *querela inofficiosi testamenti*. Cfr. le osservazioni del LENEL, *Das Edict.* § 52 pag. 111. Il fatto che nei commenti all'editto trovasi una trattazione del diritto della *querela inofficiosi* ha indotto quasi tutti i ricostruttori dell'editto (se ne toglie van REENEN) ad inserire in questo una rubrica *de inofficioso testamento*. Ma si può veramente dubitare col LENEL se l'editto avesse tale rubrica o non piuttosto quelle trattazioni di ULPIANO (lib. decimoquarto *ad edict.*) e di PAOLO (lib. decimosesto), fossero annodate agli editti pregiudiziali (*quibus causis praedictum fieri non oportet*). Alcuni ricostruttori hanno pensato ad una clausola *inofficiosi testamenti actionem dabo*, ma senza fondamento. Il RUDORFF, *E. P.* § 56, ha ritenuto che fosse proposta nell'editto la *legis actio, qua apud centumviros inofficiosum diceretur*. Egli ha asserito editale la sigla *C. V. = centum virum*, e ciò non è contestato neppure dal LENEL, ma forse questa menzione può essersi benissimo riferita ad altri argomenti (come, ad esempio, la *cautio pro praede litis et vindictiarum* o ad un editto sui *praedicta*). Per lo meno non si può dimostrare il suo rapporto con una rubrica *de inofficioso testamento*. Quanto all'altra fonte su cui basasi il RUDORFF, cioè la L. 123 pr. D. de R. I. 50, 17, ove escludesi la rappresentanza nella *legis actio* (il passo deriva da ULPIANO, lib. decimoquarto *ad edict.*), tale esclusione appartiene al diritto civile e difficilmente era ripetuta nell'editto, certo non qui. L'asserzione poi che nell'editto fossero proposte anche *legis actiones* non è avvalorata da alcuna testimonianza delle fonti. Il resto è tutto ipotetico anche riguardo alla esistenza nell'editto delle *sponsiones* relative alla querela. Di questa poi non parlasi affatto nel commento di GAIO e nei Digesti di GIULIANO.

tum aut praeteritum esse quaeratur, neque ei quarta debitae portionis ab intestato relicta fuerit; inofficiosi testamenti intra quinquennium ei actionem dabo. Questa opinione trovò poi accoglienza presso più giuriconsulti²³⁾. Nondimeno, sebbene non si possa negare che il pretore abbia pel primo tolto validità a testamenti inofficiosi, del che ci fa certi un passo di *Valerio MASSIMO*²⁴⁾, non può tuttavia esser quegli ritenuto autore della querela del testamento inofficioso, perchè *ULPIANO*²⁵⁾ insegna proprio il contrario quando dice: *Non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos: sicuti nec iure civili testamenta parentum turbant. Sane si relint inofficiosi querelam instituere, est in ipsorum arbitrio.* Sembra pertanto che il pretore nel caso di *Valerio MASSIMO* abbia accordato al padre soltanto la *bonorum possessio unde cognati* per poter promuovere l'azione d'inofficiosità²⁶⁾. Per conseguenza nel ricordato passo di *PAOLO*, difficilmente l'*actio praetoria* può alludere alla querela del testamento inofficioso. Io non posso neppure dar ragione allo *SCHULTING*²⁷⁾, quando vuol intendere sotto quelle parole la *hereditatis petitio praetoria* o *possessoria*. Nè sembra, come *HEINECCIUS*²⁸⁾

²³⁾ *Hieron. de Oroz, De Apicibus iur. cir. lib. I cap. 5 num. 13. — Herm. VULTEUS ad Pr. I. de inoff. testam. num. 3. — Chr. BESOLDUS in Delibat. iur. lib. V Qu. 17. — Car. FRID. PAELICKE, Diss. de erroribus quibusdam circa Querelam inoff. test. Sect. I § 2 e Henr. Io. ARTZENIUS in Specim. Observ. iur. cir. cap. 5 pag. 28.*

²⁴⁾ Lib. VII cap. 7 EX. 5: *Egregia quoque C. CALPURNII PISONIS Praetoris urbani, constitutio. Cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exhereditum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est. Movit profecto PISONEM patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis: sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quod cum patre septem fratres impie exhereditatos videbat. VALERIO MASSIMO si riferisce qui a quel C. CALPURNIO PISONE, il quale nell'anno 542 di Roma sotto il consolato di P. Sulpicio Galba e Gn. Fabio Centumalo tenne la pretura. Vedi Steph. PIGHIUS Annal. lib. IX pag. 181 e PATIN, Familiae Rom. ex nummis pag. 56. Quindi la querela inofficiosi dovette esser conosciuta già più di un secolo prima di Cicerone. Vedi HEINECCIUS, Diss. de levis notae macula ad L. 27 C. de inoff. test. § XI (in eiusdem Opusculor. varior. Sylloge. Hallae 1735, 4 pag. 281).*

²⁵⁾ L. 8 pr. D. de bon. poss. contra tab.

²⁶⁾ Vedi SCHULTING, Diss. de testamentis rescissis § 5 pag. 289.

²⁷⁾ Iurisprud. Anteiustin. pag. 408 nota 17.

²⁸⁾ In Dissert. cit. § 10 (Opuscul. var. pag. 278).

suppone, che vi sia un'allusione alla restituzione nel pristino stato, che l'imperatore ALESSANDRO, sotto cui PAOLO viveva, aveva accordato ai figli e agli assenti in cambio della tralasciata proposizione della *Querela inofficiosi* ²⁹⁾. Credo piuttosto che PAOLO sotto *praetoria actio* intenda l'*interdictum quorum bonorum*, che secondo la costituzione degli imperatori SEVERO e ANTONINO ³⁰⁾ spetta anche all'erede civile e, come VOET ³¹⁾ a ragione sostiene, anche al *suus heres*. PAOLO poteva dire a buon dritto a' suoi tempi un'*actio praetoria* tale interdetto, poichè il processo degli interdetti coincideva con quello delle azioni in ciò che il pretore anche qui istruiva un giudice, per conoscere della lite e deciderla ³²⁾. Quindi adopera PAOLO ³³⁾ anche l'espressione *reddere interdicti actionem*. Tutto ciò rimane nulladimeno semplice congettura a provare quanto sia oscillante l'argomentazione che si toglie da quel passo di PAOLO a favore della origine della querela dall'editto del pretore ³⁴⁾. La più giusta opinione è pur sempre quella, che è accolta dalla maggior parte dei giureconsulti ³⁵⁾, esser cioè la *Querela inofficiosi* stata introdotta mediante la pratica dei tribunali centumvirali, quale un ritrovato dei giureconsulti romani ¹⁾. Parecchi

29) L. 1 C. *de in integr. rest. minor.* [2, 22].

30) L. 1 C. *quor. bon.* [8, 2].

31) *Comment. ad Pavl.* tit. II lib. XLIII tit. 2 § 1.

32) *Ian. a COSTA in Comment. ad princip. I. de Interdictis. — Von SAVIGNY, Recht des Besitzes § 34 pag. 328.*

33) *Sent. Recept. lib. V tit. 6 § 10.* Si veda anche *Hug. DONELLUS in Comm. ad tit. C. de interdictis num. 4 pag. 571.*

34) Cf. anche *Io. RICHEL, Vindiciae Praetoris Rom. et iuris honorarii* (Lugd. Batav. 1748, 8) § XV.

35) *Franc. HOTTOMANN in Diss. de quarta legitima cap. I. — DONELLUS in Comment. iur. civ. lib. XVIII cap. 3. — Ger. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. tom. II Oper. pag. 156. — Io. Fernand. de RETES in Adversar. ad h. t. cap. 16 § 6 (in Thes. MEERM. tom. VI pag. 524). — Ian. a COSTA ad pr. I. h. t. — Corn. van BYNKERSHOEK, Observat. iur. Rom. lib. II cap. 12. — Io. van de WATER, Observat. iur. Rom. lib. I cap. II. — Io. Gottl. HEINECCIUS in Opusc. postum. pag. 441. — BACH in Histor. iurispru^t. Rom. lib. II cap. 2 Sect. 5 § 4. BREUNING, Diss. de legitima et querela inoff. testam. cap. 4. — Sim. Pet. GASSER, Diss. de origine querelae inofficiosi (Hallae 1739). — HAUBOLD, Diss. de differ. inter testam. nullum et inoff. cap. 3 pag. 11. — ZEPERNICK ad SICCAMAM de iudic. centumv. lib. II cap. 6 nota f pag. 151. — WESTPHAL, Von Testamenten § 1010. — HÖPFNER, in Commentar § 534 etc.*

1) Cfr. nello stesso senso FANCKE, op. cit. § 15 pag. 168, « questa *inofficiosi testa-*

giureconsulti ³⁶⁾ dubitano tuttavia che il *color insaniae* fosse già sin da principio adoperato a fondamento della querela per adattare il nuovo diritto alla legge delle XII tavole, perchè originariamente non sarebbero stati ammessi a far uso della querela soltanto i congiunti per sangue, ma anche gli altri buoni e stretti amici. S'introdusse la querela, condotti dal sentimento del dovere di essere grati e amorevoli verso i propri amici, molto più che i Romani, non tanto per brama di danaro, quanto per un certo sentimento d'onore grandemente desideravano di essere ricordati nel testamento. Solamente in seguito, tale arbitrio, riguardo alla querela, sarebbe stato limitato e questa conservata come un mezzo in caso di necessità. Quindi d'ora in poi, forse verso i tempi di CESARE ed AUGUSTO, le si sarebbe posto a fondamento la nota supposizione che è poi divenuta la causa per la quale, rescisso il testamento, si fece subentrare la successione intestata, poichè si suppose che il testatore, come infermo di mente, fosse morto senza testamento. Ma che i non congiunti del testatore

³⁶⁾ De VATER, loc. cit. pag. 56 e ROBERTUS in *Comm. de historia querel. test. inoff.* Sect. I §§ 5-9 e Sec. II § 11.

menti querela è quindi propriamente un'azione di equità contro i principi dello stretto diritto ». Egli crede in sostanza che si abbia qui un mezzo giuridico formatosi mediante la pratica del tribunale centumvirale. Se tuttavia da principio non ebbe confini certi, e insostenibile che fosse accordato anche ad amici del defunto. La querela ricevette il suo saldo punto d'appoggio mediante la massima dei giureconsulti romani che l'escluso inofficiosamente doveva rivendicare con la querela quella parte della eredità che gli sarebbe spettata *ab intestato* (L. 19 D. *de inoff. testam.*: cfr. L. 8 § 8, L. 17, L. 23 § 3 D. *cod.*).

Certamente la pratica del tribunale centumvirale ebbe agio di apprestare una lunga e ricca casistica intorno alla querela. Sino alla fine dell'età classica, per lo meno, essa fu promossa presso i centumviri e appunto la *auctoritas centumviralis iudicii* viene indicata come fondamento della precedenza del processo intorno all'eredità (Cfr. LENEL, *Edict.*, pag. 111 e L. 12 pr. C. *de her. petit.*, 3, 31). A questa origine della *querela* dalla pratica del tribunale centumvirale richiama UNZNER, op. cit. p. 2. Si dovrebbe ravvisare qui una tendenza del diritto romano a conservare nella famiglia i *bona paterna avitaque* e perciò si ricorse alla supposizione dell'*insania* del testatore. Deriva l'uso di questa supposizione da influenze elleniche? L'UNZNER, op. cit. p. 6, lo nega recisamente. Tuttavia trovo in ARISTOTELE, *πολιτεία τῶν Ἀθην.* 35, che sotto l'arcontato di Pitodoro fu abolita l'impugnabilità dei testamenti per pretesto di demenza e imbecillità senile. Il che fa supporre un largo precedente uso e abuso di questo espediente. Ma di qui ad ammettere senz'altro col LEIST, *Græco-ital. Rechtsg.* p. 56, che il *color insaniae* della *querela inoff. testam.* fosse un'importazione ellenica corre gran tratto! Per altre notizie storiche sulla *querela* v. UNZNER, op. cit. § 1.

fossero un tempo ammessi a far uso della querela è un'ipotesi, già dal SEGER ³⁷⁾ così fondatamente confutata, che ci si deve a ragione maravigliare come nondimeno abbia potuto avere aderenti fra più moderni giureconsulti ³⁸⁾.

§ 554.

A chi spetta la querela inofficiosi ^{r)}.

Chi vuole efficacemente promuovere la querela del testamento inofficioso non solo deve essere un prossimo erede intestato, ma deve pure avere un diritto alla legittima; l'una qualità è insufficiente senza l'altra ^{s)}. Infatti hanno, per esempio, i figli pienamente adottati per analogia della Novella 118 un diritto di successione intestata rispetto al loro padre corporale, ma non un diritto alla querela, come SCHRADER ³⁹⁾ ha molto bene dimostrato. E i figli non pienamente adottati ereditano *ab intestato* dal loro padre civile, ma non possono promuovere una querela contro il testamento di lui, non essendo eredi necessari ⁴⁰⁾, sebbene la loro esistenza faccia sì che i genitori, a cui del resto spetta la legittima, non possano ora promuovere con successo la querela perchè son preferiti a loro nella successione intestata i figli non pienamente adottati ⁴¹⁾. Lo stesso accade quando

³⁷⁾ *Observation. iur. civ.* (Lipsiae 1768) Obs. 2.

³⁸⁾ HUGO, *Lehrb. der Geschichte des röm. Rechts* § 158. — FUNK, *Commentat. de nexu inter success. ab int. et querelam inoff. testam.* § 11. — Vedasi tuttavia in contrario SCHRADER in *Commentat. eiusd. arg.* Sect. I § 7.

³⁹⁾ *Comm. de nexu succ. ab int. et querelae i. test.* § 30.

⁴⁰⁾ L. 10 pr. C. *de adopt.* [8, 48].

⁴¹⁾ Si veda sopra § 543 pag. 18 di questo volume (Ed. ital. p. 367).

^{r)} Veggasi l'interessante § 16 e 20 del FRANCKE, op. cit.

^{s)} Ciò per lo stretto nesso fra la querela e la legittima; si possono dire due aspetti di una stessa istituzione giuridica. Si comprende quindi come esattamente la legittima possa essere stata detta *portio quae sufficit ad excludendam querelam*.

Ma, come il GLÜCK ha pure esattamente insegnato, dal diritto alla successione intestata, non si può senz'altro dedurre il diritto alla querela, essendo questo uno speciale diritto di eredi legittimi particolarmente favoriti (FRANCKE, op. cit. pag. 175).

un fratello unilaterale per lato di padre concorre con figli di fratelli e sorelle germani; qui il primo non può agire se anche l'erede testamentario fosse una *persona turpis* ⁴²⁾. Invero egli non è il più prossimo erede, perchè secondo la Nov. 118 cap. 3 gli son preferiti nella successione intestata i figli di fratelli e sorelle collaterali, sebbene a questi non spetti diritto alcuno alla querela ⁴³⁾. Prima di tutti possono pertanto promuovere questa querela

I. i discendenti del testatore in quanto spetta loro la legittima (§ 543, pag. 339), tanto se siano già nati al tempo del testamento quanto nel caso contrario: la querela compete infatti anche ai *postumi* ⁴⁴⁾, come qui a ragione HELLFELD sostiene. Soltanto rompono il testamento purchè preteriti dal padre o da ascendenti paterni. Parecchi giureconsulti ⁴⁵⁾ son veramente d'avviso che una diseredazione dei veri *postumi* non possa valer più dopo la Nov. 115 cap. 3, poichè per essi non è concepibile una legittima causa della diseredazione. Il testamento sarebbe quindi in tal caso già per sè stesso nullo.

Ma questa opinione riposa sul presupposto che la indicazione di una legittima causa sia richiesta per la forma e la validità della diseredazione, mentre invece, come sopra è stato mostrato, è prescritta soltanto per la legittimità di essa. È quindi tanto più certa per tali *postumi* l'azione d'invalidità quanto più qui si fa palese il torto della diseredazione. Non si può sostenere una mutazione del precedente diritto riguardo alla diseredazione dei *postumi* ⁴⁶⁾, poichè ai figli ger-

⁴²⁾ Vedi SCHRADER, cit. *Comment.* § 69.

⁴³⁾ L. 21 C. h. t.

⁴⁴⁾ § 2 I. h. t. L. 6 pr. D. *eo lem.* L. 3 C. *eadem.*

⁴⁵⁾ De RETES in *Adversar. de inoff. testam.* cap. XVIII § 6. — De COCCEI, *Ius. civ. contror. h. t.* Qu. 14. — WESTPHALS *Theorie des R. R. von Testamenten* § 571. — WIESAND, *Opusc. iurid. Specim.* IV Obs. 4 pag. 43. — WALCH, *Introd. in contror. iur. civ.* pag. 208.

⁴⁶⁾ In ciò concordano VOET in *Comm. ad Paul.* h. t. § 5. — NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. tom. II *Oper.* pag. 159. — REINOLD, *Diss. de causis, in quibus etiam nunc querela inoff. test. est necessaria* § 8 (in *Opusc.* pag. 347). — REUTER, *Diss. de effectu quaerelae inoff. test.* § 31. — PAELICKE, *Diss. de erroribus quibusdam circa querel. inofficiosi testam.* Error. 4. — MALBLANC, *Dig.* tom. III § 697 e specialmente *Friedl. Wilh. GAMBSJAEGER* nello scritto intitolato *rechtliche Frage über einen von dem mütterlichen Grossvater in einer letzten Willensmeinung übergangenen Enkel* (Mannheim 1805, 8) §§ 12 e 13.

mani spetta la querela, siano essi tuttora nella patria potestà od emancipati, e questi, come già fu mostrato sopra (§ 551 a pag. 597), non hanno neppur più bisogno, secondo il nuovissimo diritto romano, della *bonorum possessio* che per lo innanzi dovevano domandare *litis ordinandae gratia* 47). Soltanto i figli adottivi emancipati sono completamente esclusi da questa querela 48). Anche gl'impuberi arrogati non hanno la querela, ma debbono contentarsi della *Quarta D. Pii*, onde compete loro soltanto una *condictio* 49). Rimpetto alla madre spetta invece l'azione d'inofficiosità anche ai figli illegittimi in quanto ereditano *ab intestato* 50). Affermano pure più giureconsulti 51) che i figli adottivi di donne, quando l'adozione è confermata dal Principe, potrebbero promuovere l'azione d'inofficiosità contro il testamento della madre adottiva. Essi richiamansi in parte ad un passo di *ULPIANO* 52) ove dicesi: *Quoniam femina nullum adoptare filium sine iussu Principis potest, nec de inofficioso testamento eius, quam quis sibi matrem adoptivam falso esse existimabat agere potest*. Si argomenta di qui a *contrario* che una vera madre adottiva che ha ricevuto un figlio col permesso del Principe non possa, senza motivo sufficiente, diseredare il proprio figlio adottivo, perchè altrimenti tutto il ragionamento sarebbe contraddittorio pel caso che si fosse verificata l'ipotesi opposta. In parte questa opinione fondasi sulla costituzione degli imperatori *DIOCLEZIANO* e *MASSIMIANO* 53), i quali in tal modo rescrissero ad una certa *Syra*: *Mulierem quidem, quae nec suos filios habeat in potestate, arrogare non posse, certum est. Verum quoniam in solatium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis vicem legitimae so-*

47) Di altra opinione è *HOFACKER*, *Princip. iur. civil. t. II* § 1693, ma questa non concorda coi principi esposti nel § 1647.

48) § 1 I. *de exheredit. liberor.*

49) L. 8 § 15 D. h. t. Si veda anche sopra § 543 I. 4 e § 544 num. 1.

50) L. 20 § 1 D. h. t.

51) *MEIER* in *Colleg. argentorat. tit. de adoptionib. Th. 56*. — *FINESTRES* in *Praelect. ad h. t. cap. III* § 25 pag. 54. — *THIBAUT*, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* lib. 1 Abhandl. 13 pag. 339 e il suo *System des Pand. Rechts* lib. I § 491. — *SCHRADER*, *Comment. de nexu succ. ab int. et querelae inofficiosi* § 33. — *WEBER* ad *HÖPFNER*, *Comment. über die Institutionen* § 532 nota 3 pag. 603.

52) L. 29 § 3 I. h. t.

53) L. 5 C. *de adopt.*

bolis obtinere annuimus rotis tuis, secundum ea quae annotavimus; et eum perinde atque ex te progenitum, ac vicem naturalis legitimique filii habere permittimus.

Ora in questi passi non vien detto espressamente che il figlio adottivo di una donna possa promuovere l'azione d'inofficiosità contro il testamento della sua madre adottiva, nel quale sia stato diseredato o preterito. Il NOODT ⁵¹⁾ e il POTHIER ⁵²⁾ hanno anche specialmente ricordato contro il primo passo di ULPIANO, che le parole *sine iussu Principis* siano da ritenere come un emblema di TRIBONIANO ⁵³⁾. Inoltre l'argomento dal frammento di ULPIANO è soltanto uno di quegli *argumenta a contrario* i quali sono da adoperarsi con molta prudenza ⁵⁷⁾ nella interpretazione di quei frammenti che son tolti dai *libri miscellanei* dei giureconsulti romani, per esempio dai *libri opinionum*, come la cit. L. 29 h. t., o dai *libri quaestionum e responsorum*, dove son decisi semplicemente singoli casi e questioni di diritto. Aggiungi a ciò che sembra essere in sè inverosimile e più che inconsequente, che l'adozione fatta da una donna si renda più efficace di quella compiuta da un uomo ⁵⁸⁾. Quindi Antonio FABRO ⁵⁹⁾ sostiene persino che la sopra citata L. 29 § 3 h. t. sia abolita dalla L. 10 C. *de adopt.* [8 48]. Malgrado ciò non si deve negare che trovasi pur sempre un forte

⁵¹⁾ In *Comm. ad Dig. h. t.* tom. II *Operum* pag. 159.

⁵²⁾ *Pandect. Iustinian.* h. t. num. VI nota m tom. I pag. 189.

⁵³⁾ Si veda tuttavia ciò che io ho ricordato in contrario nella seconda parte di questo Commentario tit. *de adopt.* § 149 nota 81 pag. 347 del testo tedesco (Ediz. ital. Lib. I pag. 647).

⁵⁷⁾ *Ger. NOODT, Probabil.* libro I cap. 3 § 4 libro IV cap. 5 § 2. — *Heur. BRENKMAN, Diss. de Legum inscriptionibus* § 13 (in WIELING, *Iurispr. Restitu.* t. II pag. 159). — *Ger. SCHRADER, Observat. iur. civ.* lib. I cap. 5. — *Pet. de TOULLIEU, Collectan. iur. civ.* pag. 358. — *HÖPFNERS Commentar* § 532 nota 3 pag. 603. Per altri passi della compilazione romana, che contengono vere leggi e come tali originariamente fatte conoscere, l'*argumentum a contrario* è un valido e importante argomento, intorno a cui PAPINIANO stesso esprime nella L. 1 pr. D. *de offic. eius, cui mand. est. iurisd.* [1, 21]. Vedi *Dan. FEILENBERG, Iurisprud. antiqua* tom. II pag. 500 e ZACHARIAE, *Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts* pag. 137 seg.

⁵⁸⁾ Vedi la *Biblioteca dei piccoli scritti giuridici* di HÜBNER e TITTMANN, vol. 3 pag. 571 nota *.

⁵⁹⁾ *Rational. ad L. 29 § 3 D. h. t.* Si veda tuttavia in contrario THIBAUT, *Versuche* parte I pag. 340 nota 13.

argomento per quella opinione nella L. 5 C. *de adopt.* Infatti questo è certo che il figlio adottivo eredita da sua madre *ab intestato* e dai figli niente più vien richiesto per essere eredi necessari di ascendenti materni. Tale non è il caso riguardo al padre. Onde è totalmente inesatto, come fanno alcuni giureconsulti ⁶¹⁾, voler concedere la *querela inofficiosi* ai figli naturali nel caso che ereditino $\frac{1}{6}$ *ab intestato* dal loro padre, se siano esclusi da questa porzione, poichè niuna legge accorda loro questo diritto. Oltre a ciò non sono essi tali discendenti che mai possano giungere *ex asse* alla successione intestata, ma da considerare, esattamente parlando, soltanto come *successores singulares* riguardo al loro sesto ⁶¹⁾.

Dopo i discendenti vengono nel turno della querela 2) gli ascendenti in quanto spetti ad essi la legittima (§ 543 n. II) ⁶²⁾ e da ultimo i fratelli e le sorelle se a loro sia stata preferita una persona infame o turpe, tuttavia anche allora i bilaterali e gli unilaterali per parte di padre. Gli *uterini* sono espressamente esclusi dalla querela ⁶³⁾ e qui niente è mutato dalla Nov. 118, come fu già dimostrato sopra per esteso (§ 543 *bis*, pag. 364). Quando taluni giureconsulti ⁶¹⁾ sono di opinione che fratelli e genitori potessero insieme promuovere la querela nel caso che siano state istituite eredi persone turpi, ponesi qui a fondamento l'errata conclusione, sopra esposta in tutta la sua nudità, che eguaglianza di diritto riguardo alla successione intestata costituisca pure eguaglianza giuridica riguardo al diritto ereditario necessario (§ 543 *bis*, pag. 359-363). Anche gli argomenti da me esposti in modo più esteso su ciò in altro luogo ⁶³⁾, non sono stati molto invali-

⁶¹⁾ CUIACIUS *ad Nov.* 18 et in *Observat.* lib. II c. 21 lib. III c. 8, lib. XIV cap. 4. — TREUTLERUS, vol. 1 Disput. XIII Th. 12. — HARPPRECHT in *Comm. ad Institut.* lib. II tit. 18 § 2 num. 4.

⁶¹⁾ Si confr. FENESTRES in *Prælect.* ad h. t. cap. III § 3. — BACHOVIVS ad TREUTLERUM, loc. cit. — SCHRADER in *Comm.* cit. § 37 e specialmente la *Ji-bliotek kleiner jurist. Schriften* di HÜBNER e TITTMANN, vol. 3 pag. 571 nota **.

⁶²⁾ Nella parte sesta di questo Commentario pag. 569 del testo tedesco (Ediz. ital. Lib. V pag. 343).

⁶³⁾ L. 27 C. h. t.

⁶¹⁾ Son citati sopra § 543 pag. 5 (Ediz. ital. pag. 357) o seg. di questo volume. Ad essi devesi aggiungere anche WEBER ad HÖPFNERS *Commentar.* § 534 nota (*) pag. 605.

⁶³⁾ In *Diss. de constituenda legitimæ portionis parentum quantitæ* § 6 (*Opuscul.* fasc. III pag. 47 seg.).

dati dalla superficiale confutazione in un recente scritto più volte ricordato ⁶⁵⁾. È certo nondimeno che fratelli e sorelle bilaterali precedono i *consanguinei* nella querela, poichè a questi non spetta alcun diritto di successione intestata quando vi siano collaterali germani (§ 543 *bis*, pag. 367). Oltre i ricordati eredi necessari non compete ad alcun altro un diritto alla querela, neppure ai figli di fratelli e sorelle, sebbene GIUSTINIANO li chiami alla successione intestata in una classe coi collaterali, come sopra (pag. 363, lett. c) è stato dimostrato! Resta quindi pur sempre un buon consiglio quello che dà ULPIANO ⁶⁷⁾, quando dice: *Cognati, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.*

Si scorge di qui che nell'uso della querela ha luogo la *successio ordinum* e questa si verifica quando quell'erede necessario, cui anzitutto compete la querela, non vuole o non può promuoverla o la promuove, ma perde il processo ¹⁾. Qui subentra nella querela la successiva classe degli eredi necessari. PAOLO ⁶³⁾ lo pone fuori di dubbio, quando dice: *Si is qui admittitur ad accusationem nolit, aut non possit accusare; an sequens admittatur, ridendum est; et placuit, posse: ut fiat successioni* ⁶⁹⁾

⁶⁵⁾ SCHLADER in *Comment.* spesso cit. § 77. Vedasi in contrario la citata *Bibliotek kl. jurist. Schriften* di HÜBNER e TITTMANN, vol. 3 pag. 574 nota *). Con me concorda anche THIBAUT, *System des Pand. R.* lib. II § 810 pag. 222.

⁶⁷⁾ L. 1 D. h. t.

⁶⁸⁾ L. 31 pr. D. h. t.

⁶⁹⁾ Non trattasi qui di alcun *edictum successorium*, che BARTOLO e molti recenti giureconsulti vogliono portare in scena, poichè questo ha tutt'altro scopo e niente ha che fare con la querela, come istituto del puro diritto civile, secondo che ho pienamente mostrato nella mia *Diss. de constituenda legitimae port. quantitate* § 6 (*Opuscul. fasc. III* pag. 58 seg.). Con me concorda anche il signor can. KOCK nella *Bonorum possessio* § 27 pag. 289. Ma neppure si può ritenere come una *successio*, quando il più prossimo erede legit-

t) FRANCKE, op. cit. 8 § 21 pag. 276 seg.; MÜHLENBRUCH, XXXV pag. 475 seg.; VANGEROW, III § 480 *Ann.* 2. Se tutto l'argomento è irto di difficoltà, soprattutto si disputa se nella querela abbia luogo anche una *successio graduum*. Il GLÜCK è di opinione contraria. In genere si avverta che la *successio in querelam* non è una *transmissio*, altrimenti sarebbe impossibile quando il precedente titolare *non potest accusare*; il successivo agisce in proprio nome e per un torto a lui recato. Cfr. BRINZ, *Pand.*, III § 404 nota 14. Dal momento che fu ammessa la *successio graduum* nella successione dei discendenti si deve ammettere anche nella querela.

locus. E PAPINIANO ⁷⁰⁾ spiega ciò colla seguente fattispecie: *Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit; emancipatus suscepto postea filio, duobus exhereditis, patre praeterito, vita decessit: in quaestione de inofficioso testamento, praecedente causa filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quodsi contra filios indicetur, pater ad querelam vocatur et suam intentionem implere potest.* Quando pertanto alcuno disereda i propri figli e preterisce i genitori e insieme ha istituito erede un estraneo, i discendenti del testatore sono i primi che vengono ammessi alla querela e se questi non vogliano o non possano più agire, perchè la querela è prescritta o essi hanno perduto il processo, sono i genitori i prossimi cui spetta il turno della querela. Se non vi siano genitori o non vogliano promuovere la querela, si deve considerare se sia istituita una onorevole o turpe persona. In questo caso anche i fratelli e le sorelle hanno un diritto alla querela e cioè anzitutto coloro i quali sono i più prossimi nella successione intestata ⁷¹⁾.

Quanto è fuor di dubbio che ha luogo la *successio ordinum* nella querela, altrettanto è controversa la questione se diasi anche in essa una *successio graduum*. Il significato di tale questione è questo: quando nella stessa classe (*ordo*) esistano più persone di grado diverso e il più prossimo erede necessario, che è autorizzato a promuovere la querela, non voglia o non possa agire, deesi ammettere a questa la persona seguente nel grado del medesimo *ordo* ed escludere così l'*ordo* successivo? Ha luogo perciò una *successio de gradu ad gradum in eodem*

timo preterito non è un erede necessario, e tuttavia impedisce a colui che ha diritto alla querela di poterla promuovere durante la sua vita e senza aver da rinunciare al suo diritto ereditario in questo caso: nel che SCHRADER cit. *Comment.* § 82 e 95 vuol pure ravvisare una specie della *successio in querelam*. Per esempio, quando un *frater consanguineus* concorre col figlio di un fratello germano ed è stata istituita una *persona turpis*. Non si ha alcun riguardo neppure in questo caso, in cui il fratello non poteva agire, al decorso, non ancora compiuto, della prescrizione, perchè non corre prescrizione per un'*actio nondum nata*. Si veda la *Bibliothek klein. iur. Schriften* di HÜBNER e TITTMANN, vol. 3 pag. 576 nota **).

⁷⁰⁾ L. 14 D. h. t.

⁷¹⁾ Vedi Franc. DUAREN, *Comment. in Dig. h. t. cap. VIII in fine* (*Operum* pag. 178 ed Francoforte 1592 f.). — Reinh. BACHOVILS ad TREUTLERUM, vol. I Disp. XIII Th. 5 lit. C e D. pag. 524. — Ant. FABER in *Rational. ad L. 31 D. h. t.* — Pet. de GREVE in *Exercit. ad Pandect. loca difficiliora* Exorc. VII

ordine nella querela? Molti giureconsulti ⁷²⁾ non hanno alcun scrupolo di rispondere affermativamente a tale questione. Ma l'opinione negativa, a cui la maggior parte dei giureconsulti antichi e moderni accede ⁷³⁾, mi sembra meritare la preferenza. Son qui da trattare principalmente due casi:

I) Il padre ha diseredato suo figlio e preterito il legittimo nipote generato da questo. Il figlio diseredato ha sopravvissuto al padre, ma non vuole o non può promuovere la querela, o la promuove, ma perde il processo. Non può dunque ora subentrare il nipote preterito dall'avo e promuovere la querela? No. In quanto riguarda a lui non verificasi una trasmissione della querela (§ 551 *a*, pag. 580), non può subentrare. Infatti:

1) in questo caso il nipote non si può ritenere in alcun modo come erede necessario quando abbia sopravvissuto al suo padre diseredato. PAOLO ⁷⁴⁾ lo dice espressamente: *Si filium exheredarero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituerò, et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum, JULIANUS et POMONIUS et*

§ 24 pag. 189. — *Ant.* SCHULTING, *Theor. controvers.* Decad. XV § 9 (in *Comm. acad.* vol. III pag. 44). — STRUV., *Synt. iur. civ.* Ex. X Th. 19. — WISSENBACH, *Exercitat. ad Pand.* Disp. XVII Th. 5. — *De* COCCEJI, *Ius civ. contror.* h. t. Qu. 17. — *Iud. God.* MADHIN, *Princip. iur. Rom. de successioib.* § 142.

⁷²⁾ VINNIUS, *Select. iuris Question.* lib. I cap. 20. — DONELLUS *Commentar. iur. civ.* lib. XIX cap. 7. — NOODT, *Comment. ad Pand.* h. t. (*Oper.* tom. II pag. 163). — WESTENBERG, *De portione legitima* Diss. II cap. 2 § 15 e lo stesso in *Dij.* h. t. § 19. — POTHIER, *Pand. Iustinian.* tom. I h. t. num. X nota *a* pag. 190. — REUTER, *Diss. de effectu querelae inoff. test. iuxta ordinem edicti successorii institut.* §§ 33 e 34 e MALBLANC in *Princip. iur. Rom. sec. ord. Digest.* tomo III § 697 nota X pag. 852.

⁷³⁾ VOET in *Comm. ad Pand.* h. t. § 6. — *Ant.* FABER, *De errorib. Pragm.* Decad. XXIX err. 5. — *Io. a SANDE*, *Decision. aurearum* lib. IV tit. 9 Def. 7. — BACHOV ad TREUTLERUM, loc. cit. — GOMEZ, *Resolut. var.* tom. I Resolut. 11 num. 21. — *Luc. van de POLI*, *De exhered. et praeterit.* cap. LXXIX e LXXX. LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pand.* h. t. § 23. — SCHULTING, *Theor. contror.* loc. cit. § 10. — *De* COCCEJI, loc. cit. — WESTPHAL, *Theorie des röm. Rechts von Testamen.* § 1022. — HOFACKER, *Princ. iur. civ.* tom. II § 1697 nota 6. — KOCH, *Bonorum possessio* § 27 pag. 290. — THIBAUT, *Système des Pand. Rechts* lib. 2 § 810 pag. 222 seg.

⁷⁴⁾ L. 9 § 2 D. *de liberis et postum.* [28, 2].

MARCELLUS aiunt. Ciò conferma ULPIANO ⁷⁵⁾ pure coll'importante argomento: *cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat*. È da considerare quindi come non esistente quel nipote il cui padre al tempo della morte dell'avo vive tuttora. Come può dunque spettargli un diritto alla querela?

2) Anche il pretore non dà in tale caso neppure la *bonorum possessio* al nipote preterito, come attesta PAOLO ⁷⁶⁾ quando dice: *Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem: vel exheredaverit et ex eo nepotem omiserit: bonorum possessioni locus non est; quia non esset nepos suus heres futurus. Eadem sunt et in sequentibus gradibus*. Anzi.

3) nega GIUSTINIANO ⁷⁷⁾ espressamente la querela al nipote quando suo padre per prescrizione o rinunzia ne sia escluso ^{u)}. Prima di GIUSTINIANO, il nipote non poteva fruire di un mezzo giuridico, neppure nel caso che il suo padre diseredato morisse durante il tempo che lo *heres scriptus* deliberava, prima di essersi accinto alla querela. Per lo meno la *Lex Iunia Velleia* non poteva giovare in alcun modo al nipote quando l'erede avesse adito dipoi l'eredità, poichè secondo questa legge il nipote subentrava nel luogo di suo padre solo allora che questi fosse morto prima dell'avo. Qui invece suo padre era sopravvissuto all'avo. GIUSTINIANO modificò bensì questa durezza del precedente diritto romano, ma soltanto nel caso ricordato: nel quale il nipote deve avere un diritto eguale a quello di suo padre e poter promuovere la querela *ex persona patris sui*, sebbene suo padre sia morto senza aver fatto alcuna preparazione di questa. Ciò per certo,

75) L. 6 pr. D. *de iniusto rupto et iur. testam.* [28, 3].

76) L. 4 § 1 D. *de bonor. poss. contra tab.* [37, 4].

77) L. 34 C. h. t.

^{u)} Questa L. 34 C. *de inoff. test.* fa sorgere veramente i più gravi dubbi (FRANCKE, op. cit. pag. 283). Ma se si dovesse intendere in senso generale non si potrebbe neppure ammettere una normale *successio ordinum* nella querela, e ogni *successio* dovrebbero piuttosto restringere al caso ricordato nella L. 14 D. *de inoff. testam.* Ciò sarebbe apertamente contraddittorio alla L. 31 pr. D. h. t. ove dicesi: « Si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est, et placuit posse, ut fiat successioni locus ». Si consulti su questo punto la interessante monografia del FIRTING, *Archiv für civilist. Praxis* LIX p. 433 e UNZNER, op. cit. § 9.

purchè l'erede non possa dimostrare che il padre di tal nipote meritò la diseredazione o fu già in altro modo soddisfatto per la legittima a lui spettante. Diversamente la querela cade del tutto e il nipote non può in ogni caso agire che per il completamento della legittima. Oltre il ricordato caso neppur GIUSTINIANO vuol far sorgere altro sussidio a favore del nipote preterito, ma devesi restare al precedente stato di cose, secondo il quale egli non subentrava nella querela quando suo padre già in vita avesse rinunciato espressamente alla querela od avesse lasciato scorrere il quinquennio dopochè l'erede ha adito l'eredità. Questa è, come io credo, la esatta esposizione del vero significato della notevole costituzione dell'imperatore GIUSTINIANO, la quale qui decide tutto. Essa suona testualmente così: *Si quis filium suum exheredatum fecerit, alio scripto herede; reliquerit autem ex eo nepotem vel ritum, vel in rente nurus suae constitutum; deliberante vero scripto herede filius exheredatus decesserit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel praeparata: omne adiutorium nepotem dereliquit: neque enim pater nepoti aliquod ius, cum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit; quia postea et adita est ab extraneo hereditas, et supervixit aro pater eius: ut neque ex lege Velleia possit in locum patris sui succedere, et rescindere testamentum. Et hoc nonnulli iurisconsulti in medium proponentes inhumane reliquerunt. Sed nos secundum quod possibile est, omnium commodis prospicientes, iubemus, in tali specie eadem iura nepoti dari, quae filius habeat: et si praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere. Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto ab intestato eum vocari, nisi certa quantitas patri eius, minor parte legitima, relicta est. Tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem ⁷⁸⁾ repletio quartae partis nepoti superest, in qua patri eius competeat, ut perfruatur nostro beneficio, a retustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.* Questa costituzione pone fuori di dubbio che quando al nipote preterito non torni vantaggiosa *ex persona patris* la trasmis-

⁷⁸⁾ L. 30 C. h. t.

sione della querela, egli *ex persona propria*, mediante la *successio graduum*, che senza di ciò non gli era utile nè secondo il diritto civile di allora, nè secondo l'editto del pretore ⁷⁹⁾, non ha alcun diritto di promuovere la querela, che non voll' o non potè sperimentare suo padre diseredato. Veramente obiettano i nostri avversari che la legge non riguarda affatto la questione, della quale qui trattasi, cioè se il nipote preterito di un figlio diseredato possa promuovere la querela *ex propria persona* contro il testamento del suo avo, ma che GIUSTINIANO abbia anzi permesso al nipote d'attaccare il testamento dell'avo *ex persona patris* come suo erede, quando ciò gli sia più vantaggioso, per esempio quando egli forse per la sua persona dovesse aver meritato la diseredazione. Secondo la costituzione di GIUSTINIANO il nipote del figlio diseredato avrebbe quindi, come essi credono, la scelta o d'impugnare il testamento dell'avo *ex persona propria* o *ex persona patris* secondo che questa o quella qualità gli sia più vantaggiosa ⁸⁰⁾. Ma salta agli occhi quanto, mediante questa interpretazione, venga alterato il vero senso della legge. Come avrebbe potuto dire infatti GIUSTINIANO: *omne adiutorium nepotem dereliquisse ante suam constitutionem*, anzi come avrebbe potuto egli rimproverare agli antichi *eos hoc inhumane reliquisse* se il nipote *ex persona propria* come *proxime sequens diverso gradu in eodem ordine* avesse potuto promuovere la querela contro il testamento dell'avo? Chi potrebbe anche credere che GIUSTINIANO abbia voluto venire in soccorso ad un nipote che ha meritato la diseredazione? Inoltre GIUSTINIANO ricorda espressamente anche tal nipote *qui in ventre nurus suae constitutus est*. Come si potrebbe pensar qui ad una giusta diseredazione? ⁸¹⁾. È quindi fuor di dubbio che GIUSTINIANO nella sua costituzione ha supposto cosa cognita che il nipote, il cui padre diseredato abbia sopravvissuto

⁷⁹⁾ Vedasi qui la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* §§ 84 e 85.

⁸⁰⁾ REUTER in *Diss. cit.* § 33 in fine pag. 36 dice: *Quem enim ad modum magis sua interdum interest, posse ex propria persona queri, dum ipse quidem ab officii religione numquam declinarit, a qua recessit forsitan, ex cuius persona actionem intendit; ita quoque nepoti, digno, qui exheres scribatur, expedit, non suam, sed patris immerito iniuriam vindicare, querelamque ideo etiam non praeparatam movere.*

⁸¹⁾ Si veda SCHIRADER, *Comment. cit.* §§ 86-89.

all'avo, non ha la querela *ex sua persona*, ma che soltanto nel caso stabilito dal legislatore, in base alla trasmissione, acquisti un diritto di promuoverla *ex persona patris*: nel qual caso tuttavia gli può essere certamente opposta la eccezione che il padre abbia meritato la diseredazione. Per lo contrario il nipote è destituito di ogni giuridico ausilio quando il padre vive tuttora ed ha rinunciato alla querela o ha trascurato il tempo nel quale avrebbe dovuto esser promossa ⁸²⁾. Se sia da affermare la stessa cosa pel caso che il padre diseredato muoia prima del decorso del quinquennio, tuttavia dopo che l'eredità fu adita, senza aver iniziato l'azione, non è detto espressamente nella legge; nullameno è del tutto conforme allo spirito di questa che qui pure il nipote sia da escludere dalla querela ⁸³⁾.

Si adduce anche a fondamento della *successio graduum* nella querela, che secondo il recente diritto l'editto successorio del pretore in tutte le classi e quindi anche in *ordine liberorum* sia stato esteso ai gradi; si induce quindi da ciò che esso deve valere anche riguardo alla querela ⁸⁴⁾. Tuttavia se non si può negare che secondo il nuovo sistema di successione legittima introdotto con la Novella 118 cap. I, abbia luogo la *successio graduum* anche in *ordine liberorum* ⁸⁵⁾ non si può, senza una chiara norma giuridica, trarre una valida illazione dalla *successio* nella eredità intestata al diritto alla querela, come sopra (pag. 359 e seg.) è già stato dimostrato in modo più esteso ⁸⁶⁾ r). Ora

⁸²⁾ Ci si persuaderà anche più vivamente di ciò, quando si confrontino qui i Basilici, in cui tom. V lib. 39 pag. 215 le ultime parole della L. 34 C. h. t. sono concepite così: *εἰ δὲ ὁ πατὴρ αὐτοῦ ἔτι περὶ τὸν πενταεταῖον προσηνῶς τὸν κατὰ τῆς διαθήκης κληρὸν, ἢ τῆ παραδοχῆ τῆς πενταετίας ἀπεκλιθεῖ, οὐκ ἔτι βοηθεῖται ὑποτῶς ὁ ἕρπης*, cioè secondo la versione del FABROT: *Seil si pater eius adhuc superstes palam repudiaverit querelam vel quinquennii cursu exclusus sit, non est quo succurri nepoti possit.*

⁸³⁾ SCHRADER, cit. *Comment.* § 87.

⁸⁴⁾ Si veda MALBLANK, *Dig.* t. III § 697 nota X pag. 852.

⁸⁵⁾ Vedi KOCHE *Bonorum possessio* § 27 pag. 286.

⁸⁶⁾ Vedasi anche KOCHE nel cit. libro pagine 289 e 522.

r) Qui il FRANCKE, op. cit. fr. 282. a ragione osserva che l'argomentazione del GLUCK riposa sopra uno scambio del principio che un semplice diritto di successione intestata non fa sorgere diritto alla legittima con la questione affatto diversa: in che ordine i veri titolari della legittima sono chiamati alla querela e così alla successione intestata? Del

non si può dimostrare che GIUSTINIANO con una nuova legge abbia mutato i principî contenuti nella L. 34 C. h. t. Finalmente si riferiscono pure ad un passo di POMPONIO ⁸⁷⁾, che dice: *Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ita integrum sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset: ut quod filius habiturus esset, petita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis aderescat.* Ma anche questo passo non conviene affatto alla querela per poterne trarre una dimostrazione della *successio graduum* in essa. POMPONIO, come appare dal *primo.*, parla di tal caso in cui il figlio era emancipato, i nipoti invece erano rimasti nella patria potestà dell'avo e sono subentrati nel luogo del loro padre *tanquam in sui heredes locum.* In questo caso il figlio emancipato aveva la *bonorum possessio unde liberi* ed acquistava la quota d'eredità che gli sarebbe appartenuta se egli fosse rimasto un *suus* e che doveva dividere per metà coi suoi figli, i *nepotes sui* ⁸⁸⁾. Ora sorgeva la questione, quando il *filius emancipatus* non avesse chiesto la *bonorum possessio unde liberi*, a chi dovesse spettare per accrescimento la sua parte, se soltanto ai *nepotes sui* o anche alle stirpi dei rimanenti figli del relinquirente che insieme concorrevano alla successione. POMPONIO afferma a buon diritto la prima ipotesi e considera nel caso presente il figlio emancipato, come se affatto non esistesse ⁸⁹⁾. Lo stesso valeva anche pel caso che il padre avesse fatto un testamento dove avesse preterito il figlio eman-

⁸⁷⁾ L. 5 § 2 D. *si tabulae testam. nullae extabunt* [38, 6].

⁸⁸⁾ Cioè, secondo la *nova clausola* che GIULIANO aggiunse all'*Edictum perpet.* come appare dalla L. 1 pr. e L. 3 D. *de coniug. cum emanc. liberis* [37, 8]. Vedi KOCHE *Bonor. poss.* § 8 pag. 114. Per lo innanzi non era così, poichè il figlio *iure gradus* precedeva i nipoti. L. 1 § 1 D. *de bon. poss. contra tabulas* [37, 4]. Vedasi qui la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 75 pag. 20^o.

⁸⁹⁾ KOCHE, loc. cit. § 27 pag. 277.

pari egli nega che le fonti addotte dal GLÜCK (nota 74, 75, 76) dimostrino la inammissibilità della *successio graduum* nella querela, poichè si prende così un equivoco tra la nullità di un testamento per difetto di forma della istituzione e diseredazione e la impugnativa di un testamento inofficioso. Trattasi di cose affatto diverse. La querela suppone un testamento formalmente valido (lo insegna anche il GLÜCK). Dalla circostanza che il testamento non è valido per la forma, come potrebbesi dedurre che non è ammissibile la querela contro di esso?

cipato. Se qui il figlio emancipato non avesse chiesto la *bonorum possessio contra tabulas*, la sua metà spettava per accrescimento al figlio di lui, al nipote rimasto nella patria potestà dell'avo ⁹⁰⁾. Ma in tutti questi casi non si fa neppur parola di una *successio graduum* nella *bonorum possessio*, taccio quindi della querela. In genere sta qui a base l'editto giuliano *de coniungendis cum emancipato liberis eius*, che aveva luogo, come PAOLO ⁹¹⁾ insegna, anche nella querela quando il figlio emancipato fosse stato diseredato. Questa concorrenza sparisce senz'altro secondo la Novella 118 anche nella successione testamentaria, come il signor cancelliere KOCH ⁹²⁾ molto giustamente ha osservato, e il figlio ha la preferenza in tutti i casi sulla propria prole, sul nipote ⁹³⁾. È quindi fuor di dubbio che in *ordine descendentium* non ha luogo alcuna *successio graduum* nella querela. Ma vien meno anche nella linea ascendente? Qui titubano coloro stessi ⁹⁴⁾, che riguardo al primo caso concordano con me. Vogliamo adesso trattare più precisamente questo caso.

II. Un figlio ha diseredato o preterito suo padre. Il padre non vuole o non può promuovere la querela. Può l'avo subentrare nella querela? Lo SCHRADER ⁹⁵⁾ distingue se il più lontano ascendente per mezzo del più prossimo che non volle promuovere la querela, sia o no congiunto col defunto. Nel primo caso egli concede che riguardo al più lontano ascendente non abbia luogo alcuna successione nella querela, ma nel secondo non si fa alcun scrupolo di ammettere tal successione perchè i più lontani ascendenti formano in pari tempo una classe, non essendo riuniti ai più prossimi. Ma questa distinzione è affatto infondata. La esistenza del padre, che ha sopravvissuto al te-

⁹⁰⁾ L. 1 § 2 D. *de coniung. cum emancipato filius*.

⁹¹⁾ L. 23 pr. D. h. t.: *Si ponas filium emancipatum praeteritum et ex eo nepotem in potestate retentum heredem institutum esse: filius potest contra filium suum, testatoris nepotem, petere bonorum possessionem; queri autem de inofficioso testamento non poterit. Quod si exheredatus sit filius emancipatus: poterit queri: et ita si iungetur filio suo, et simul cum eo hereditatem obtinebit.*

⁹²⁾ *Bonorum possessio* § 8 pag. 118.

⁹³⁾ Si veda questo Commentario più sopra a pag. 341 di questa edizione italiana (Testo tedesco, vol. VI, § 543, pag. 567).

⁹⁴⁾ Per esempio, SCHRADER in *Comment. cit.* § 93.

⁹⁵⁾ *Cit. Commentat.* §§ 91-93.

statore, fa ostacolo ad ogni più lontano ascendente così come la esistenza del figlio al nipote del defunto. Si ha qui lo stesso motivo. L'idea che i più lontani ascendenti formino una classe non è conforme alle leggi. Queste presuppongono soltanto tre classi e a ciò deve pure letteralmente stare attaccati per evitare l'arbitrio e guardarsi da equivoci ⁹⁶⁾. Molto esattamente dice quindi Antonio FABRO ⁹⁷⁾: *Praeferetur frater awo in querela, non tanquam potior in successione, si inter avum et patrem res agatur, sed quia nullus potest locus esse awo in successione nepotis, quamdiu avum pater praecedit: sicut nec nepoti in successione avi, quam diu nepotem pater anteverit.*

Inoltre è pur da notare che l'erede necessario diseredato o preterito, per poter annullare il testamento come inofficioso deve aver sopravvissuto al testatore ⁹⁸⁾. Infatti quando sia premorto ad esso vien meno la querela e l'erede istituito nel testamento è erede civile se il testamento sia valido secondo il diritto civile: o *bonorum possessor* se il testamento vale secondo il diritto pretorio così che perciò possa esser domandata la *bonorum possessio secundum tabulas* ⁹⁹⁾. L'erede civile o pretorio intestato, successivo all'erede necessario diseredato o preterito, nel caso che il testamento sia pur valido secondo il diritto civile non può attaccarlo col sussidio della persona dell'erede necessario diseredato o preterito che sia premorto al testatore, poichè quegli, appunto perchè premorto a questo, non ha acquistato alcun diritto ereditario. Egli stesso poi, considerato come legittimo erede pretorio o civile viene escluso dal testamento valido secondo il diritto civile, poichè la *causa testati* ha preferenza sulla *causa intestati* ¹⁰⁰⁾. Qui si dee certamente presupporre che l'erede legittimo successivo all'erede necessario premorto al testatore non sia pure un erede necessario; poichè questi, se fosse parimente diseredato in tal caso ovvero preterito, potrebbe quindi per la propria persona impugnare il testamento ¹⁾. Per esempio, un padre ha diseredato suo figlio: questi

⁹⁶⁾ Vedasi qui la *Bibliothek kleiner iurist. Schriften* vol. 3 pag. 576 nota *).

⁹⁷⁾ *De errorib. Pragmaticor.* Dec. XXIX err. 5 pag. 181.

⁹⁸⁾ KOCH, *Bonor. poss.* § 28 pag. 311 seg.

⁹⁹⁾ L. 12 D. *de iniusto rupto et irr. testam.* Si vedano anche *Rechtsfille und Abhandlungen* di GEIGER e GLÜCK, vol. 3 pag. 22.

¹⁰⁰⁾ L. 39 D. *de acquir. vel omitt. hered.* [29, 2].

¹⁾ KOCH *Bonorum poss.* § 28 pag. 312 seg.

premuore al padre e alla morte del testatore vive ancora suo padre che ora è l'erede necessario. Questi se nel testamento sia stato *eventualiter* pure diseredato o anche preterito può promuovere la querela *ex persona propria*.

Quando una madre abbia diseredato o preterito un figlio che tuttora è sotto la patria potestà, il *filius familias* non può promuovere la querela *suo nomine* senza l'assenso del padre ²⁾, ma il padre deve agire *fili sui nomine*. Tuttavia anche il padre non può promuovere la querela senza il consenso del figlio, perchè per la esclusione è anzitutto stato offeso il figlio, come ULPIANO ³⁾ toglie dalle questioni di PAPINIANO, quando dice: *Inofficiosi querelam patrem filii suo nomine instituire non posse invito eo: ipsius enim iniuria est*. Anzi PAPINIANO ⁴⁾, come ULPIANO ulteriormente da esso aggiunge, sostiene

²⁾ L. 9 D. *de obligat. et actionib.* [44, 7]. Agiva qui anche uno speciale motivo. Mediante la querela era annullato il testamento; quindi il *filius familias* non poteva adire, senza consenso del padre, la eredità a lui devoluta *ex S. to Orfitiano*, per non rigettare sul padre il peso dei debiti. L. 6 pr. e § 2 D. *de acq. vel omitt. her.* [29, 2]. Tuttavia è noto come secondo il più recente diritto romano, in base al quale al padre spetta soltanto l'usufrutto, il figlio possa adire a suo rischio l'eredità, anche contro la volontà del padre. L. ult. § 1 C. *de bon. quae lib.* [6, 60]. Vedi FINESTRES *Commentar ad tit. Pand. de acquir. vel omittenda hereditate* parte II cap. 5 § 43.

³⁾ L. 8 pr. D. h. t. Che questo passo, come erroneamente suppone Gilb. REGES, *Επιστολὰν. iuris cir. lib.* I cap. 17 (in *Er. OTTONIS, Thes. iuris Romani* tom. II pag. 1488), non sia da riferire ad un figlio emancipato, ma piuttosto ad un *filius familias* preterito dalla madre, è stato già esattamente ricordato dal CUIACIUS *Observ. lib. IX cap. 14*.

⁴⁾ POTHIER, *Pand. Justin.* tom. I h. t. num. XI nota c pag. 190. adduce pure un altro motivo per cui è richiesto il consenso del figlio, quando il padre vuol promuovere la querela in suo nome. *Nimirum qui querelam movet*, dice esso, *hereditatem sibi quasi intestati vindicat; atqui etiamsi persona, adversus huius testamentum querela monetur (puta mater) intestata decessisset pater non potuisset per filium hanc hereditatem acquirere sibi, invito filio. Oportuisset enim, ut iussu patris filius hereditatem adirisset*. È pienamente esatto che il figlio non poteva esser costretto ad adire, contro la sua volontà, un'eredità a lui devoluta neppure nel caso che il padre per suo mezzo incondizionatamente acquistava. L. 6 § 7 D. *de acquir. vel omitt. hered.* L. 11 C. *de iure delib.* [6, 30]. WESTPHAL, *Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamenten*, etc. § 150. Ma questo argomento cade oggi e nulladimeno il padre anche secondo il più recente diritto non può agire senza il consenso del figlio. L. 8 § 3 C. *de bonis quae liberis*. Vedi *Aemil. Lud. HOMBERGK* su

pure che quando il figlio minore, dopochè eran già state iniziate tutte le pratiche per la querela ⁵⁾, il padre non possa ora più promuover questa *quae non patri, sed nomine dabatur filii* ⁶⁾. Invero sebbene la querela, dopochè è avvenuta la preparazione, passi agli eredi ⁷⁾, subentrava qui lo speciale motivo che secondo il precedente diritto il padre non diveniva erede del suo *filius familias*, ma ne conservava il patrimonio *peculii et potestatis iure* non altrimenti che se fin da principio fosse stato sua proprietà ⁸⁾. Siccome poi dopo la introduzione dei peculii avventizi il padre, per l'usufrutto che gli spetta, ha un non piccolo interesse nella querela del figlio; inoltre la madre, come sopra ⁹⁾ fu già dimostrato, non potrebbe in alcuna guisa togliere al padre l'usufrutto che specialmente gli spetta sulla legittima del figlio, e infine il padre, secondo il nuovissimo diritto succede in qualità di erede ai figli nei *bona avventitia* ¹⁰⁾, afferma non senza fondamento *Jacopo Voorda* ¹¹⁾ che il padre, conforme allo spirito del nuovo diritto, possa continuare la querela già preparata dal suo figlio, in qualità di erede di questo ¹²⁾.

VACH, *Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate* paragrafo 7.

⁵⁾ PAPINIANO dice: *post agnam litis ordinandae gratia possessionem*. Di questa *Bonor. poss.* è stato trattato sopra § 551 nota 10 pag. 291 del testo tedesco (Ediz. ital. § 551 a, pag. 567, nota 10). Si veda anche *Vigl. ZUCHEMI, Commentar. in decem titulos Institution. iuris civ.* (Basiliae 1534 f) h. t. § 2 pag. 177 seg.

⁶⁾ Nei Basilici tom. V pag. 197 il passo secondo la versione del FABROT suona così: *Pater nomine filii, invito filio, non agit querela inofficiosi testamenti. Etiam si filius, lite praeeparata, decesserit, pater eam, quae filio competeat, non intendit querelam inofficiosi testamenti.*

⁷⁾ L. 6 § 2 D. h. t., L. 5 C. eodem. WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1027.

⁸⁾ Vedi la seconda parte di questo Commentario § 129 pag. 208 (Edizione italiana Libro I, § 129, pagina 569). Vedasi anche *Jul. PACIUS, Enzyklop. Centur. VIII 2, 29.*

⁹⁾ Vedi § 546 in questo volume pag. 80-84 (Ediz. ital. pag. 414-317).

¹⁰⁾ L. ult. C. *commun. de success.* [6, 59], L. 6 § 1 C. *de bonis quae lib.* [6, 61]. Nov. 118 cap. 2.

¹¹⁾ *Interpretat. et Emendat. iur. Rom.* (Traj. ad Rhen. 1768, 8) lib. II cap. 14.

¹²⁾ In ciò concordano anche WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1030 e BOOK, *Lehre von der Enterbung* § 24 pag. 75.

§ 555.

Quando ha luogo la querela inofficiosi testamenti ?

*A chi incombe la prova in questa azione ? *)*

Perchè la querela del testamento inofficioso abbia luogo, è una indispensabile condizione di essa che l'attore sia stato escluso bensì *rite*, ma *inique*. GIUSTINIANO¹³⁾ dice espressamente: *De inofficioso testamento agunt liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos aut inique praeteritos*. In ciò concordano anche tutti i sistemi dei giureconsulti¹⁴⁾: solo discordano fra loro nella più particolareggiata determinazione del caso. Coloro che con SCHNEIDT hanno cacciato in bando l'azione d'inofficiosità riguardo ai figli e genitori, restringono questo caso semplicemente ai fratelli e alle sorelle, quando il testatore, senza fondato motivo, abbia preferito loro una infame o turpe persona, senza averli indennizzati, sia per atto tra vivi o di ultima volontà, almeno in una piccola parte della legittima che loro spetta in questo caso. Coloro invece che col nostro autore difendono il sistema della nullità nel nuovo diritto; accordano la *querela inofficiosi* soltanto perchè nel testamento è espressa bensì una legittima causa della diseredazione, ma non si può provare. Questi dicono che la querela d'inofficiosità è indipendente dalla verità o non verità della causa di diseredazione, e basata soltanto su ciò. Al contrario il tralasciare nel testamento la indicazione di un legittimo motivo di diseredazione non è fondamento di quella, ma della querela di nullità del nuovo diritto, perchè la indicazione di tale causa apparterrebbe chiaramente alla forma di esclusione prescritta nella Novella 115 e ciò che è contro tal forma sarebbe nullo secondo la L. 5 C. *de legib.* [1, 17]. Ambedue questi sistemi hanno ricevuto più sopra la loro

13) Pr. I. h. t.

14) Vedi *Lud. God. MADHIN, Princ. iur. Rom. de successioib.* § 141. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. t. II* § 1692, ecc.

*) Cfr. UNZNER, *Op. cit.* § 4.

confutazione, dove è stato chiaramente dimostrato come tutto lo spirito della Novella 115 sia esclusivamente riferibile alla inofficiosità e come appunto secondo questo spirito l'abolizione di un motivo d'ingiuria giuridicamente importante sia niente meno che formale. La interna storia del diritto e la filosofia danno tal solido fondamento al puro sistema della inofficiosità da me difeso, che senz'altro il sistema della nullità già esposto nella sua nudità deve ora del tutto cadere in rovina. Recentissimamente *Franz SCHÖMANN*, il cui libro ¹⁵⁾ ho il piacere di aver ricevuto appunto adesso, ha in modo così convincente esposto questa nuova prova giuridico-psicologica a favore della esclusiva esattezza del puro sistema della inofficiosità, che io a maggior persuasione dei miei lettori non trovo alcun ostacolo per accogliere qui alcuni dei suoi pensieri ^{x)}. La mortificata sensazione, dice esso, l'offeso sentimento sono in sè e per sè semplicemente interni, dipendenti dalla maggiore o minore sensibilità dell'offeso, e mai discernibili con certezza dall'esterno osservatore di lui, anzi nella maggior parte dei casi affatto non discernibili. Ancor meno è oggetto del mondo esteriore e della esterna sfera di osservazione che l'offeso abbia o no perdonato all'offensore la mortificazione a lui recata. Ambedue questi punti, finchè il mortificato non abbia dichiarato esteriormente i suoi sentimenti nel fatto, restano un mistero impenetrabile anche allo sguardo indagatore del terzo — eppure è appunto questa individuale offesa in sè e per sè misteriosa, è appunto la sensazione del testatore diseredante mortificata dall'ingrato modo di agire del titolare della legittima, ma in sè non indagabile nè dalla legislazione nè dal giudice, che in massima parte condiziona la inammissibilità dell'azione d'inofficiosità. Riesca pure l'erede istituito a dimostrare sotto più aspetti la cattiva condotta del legittimario escluso verso il testatore, abbia pure convinto l'escluso del più grave trascorso

¹⁵⁾ *Handbuch des Civilrechts* del dottor *Franz SCHÖMANN*, vol. I (Giessen und Wetzlar 1806, 8) num. IV pag. 139 seg.

^{x)} Il libro di *SCHÖMANN*, così lodato dal *GLÜCK*, è detto in questo punto cattivo in tutti i concetti da *MÜHLENBRUCH*, *Cession der Forderungsrechte*, 2.^a ediz. § 26 pag. 302 nota 110; *FRANCKE*, op. cit. pagine 290-91 e pagine 378-79, fa una confutazione del ragionamento di *SCHÖMANN*. Cfr. anche *MÜHLENBRUCH*, XXXVII pag. 252-53.

verso il defunto, sia pure riuscito così a disporre il giudice stesso, come uomo, contro l'escluso: ha forse così mostrato anche che il testatore fu offeso? ha provato che questi, se anche si sentì da principio realmente offeso, non perdonò poi, forse poco prima di morire, l'ingrata condotta all'offensore, il quale massimamente è il suo più prossimo congiunto? Certo no.

Per questi motivi la precedente legislazione già richiedeva affatto ragionevolmente che il testatore lamentasse almeno in generale la cattiva condotta dell'escluso verso di lui, e senza questa dichiarazione espressamente fatta nel testamento riteneva con eguale ragionevolezza che ogni prova dell'erede istituito intorno alla ingrata condotta dell'escluso verso il testatore fosse inammissibile e inutile, principalmente quando l'erede necessario venisse onorato di qualche cosa nel testamento, fosse pure stato in piccola proporzione ¹⁰⁾ 2). Ma prima della Novella 115 non erano tuttavia fissate legalmente alcune precise cause di diseredazione; rimaneva quindi maggior campo aperto così alla sensazione del testatore per ritenersi mortificato, come alla decisione dei tribunali ed era quindi una evidente lacuna della legislazione che al testatore non fosse almeno ingiunto d'indicare specialmente un motivo d'ingiuria. Salta infatti agli occhi che, data una tal generale indicazione, l'erede istituito può facilmente provare un motivo che appunto non offende il testatore o che egli da lungo tempo aveva perdonato al suo congiunto. Invece forse appunto il motivo che realmente offende il testatore e che egli non aveva per-

¹⁰⁾ Per ciò fornisce un argomento molto interessante il passo della L. 30 C. h. t. dove dicesi: *Liceat his personis, quae testamentum quasi inofficiosum, vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ut implendam cum sine ullo gravamine vel mora exigere: si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse dixerit testator; nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare, et huius modi quaestionem introducere.*

2) Ma qui GIUSTINIANO parla semplicemente dell'*actio suppletoria*. Tali norme possono sembrare ragionevoli in quest'azione, poichè al figlio è stato pur lasciato qualche cosa, così che è dubbiosa la intenzione del defunto di punirlo mediante il testamento e talora può esservi incertezza se piuttosto non gli sia stata lasciata per errore una somma minore. Cfr. FRANCKE, op. cit. pag. 290.

donato è una semplice chimera. Sempre quindi vi sarebbe da temere che dal giudice venisse supposta nel testatore una sensibilità della quale egli niente seppe e che, mediante la sensibilità supposta nel testatore, fosse arrecato frequentemente il massimo torto all'escluso, a cui la vera ma insignificante sensibilità del testatore non poteva recar danno. Non si odono anche ai nostri giorni premurosi genitori dire: voglio perdonare volentieri a mio figlio, che mi abbia gridato un vecchio furfante, che mi abbia battuto e dato uno schiaffo, ma non gli posso mai perdonare di aver mutato religione ed essersi fatto cattolico, perciò merita di essere diseredato da me? Pertanto come GIUSTINIANO, affine di porre per l'avvenire precisi confini ad una sensibilità forse eccessiva dei testatori e insieme all'indeterminato arbitrio dei giudici, ritenne sommamente importante e necessaria la fissazione una volta per sempre di certi motivi giuridicamente sufficienti di offesa e di esclusione, che indicò riguardo ai genitori e ai figli nella Novella 115, così per lo stesso motivo non gli bastò più che il testatore dichiarasse semplicemente in generale che lo escluso lo aveva offeso. No, — egli doveva ormai indicar pure specialmente ogni volta nel testamento una delle cause legalmente fissate, per la quale sentivasi mortificato dallo escluso. Di qui traesi il vero significato delle parole finali del cap. 3.º di quella Novella 115: *ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur*, le quali senza dubbio accennano a quel psicologico aspetto della cosa. Inoltre con ciò si può esattamente stabilire quando l'escluso sia da considerare come *inique* diseredato o preterito. Tale, cioè, è:

1) il caso riguardo ai legittimari della linea discendentale e ascendentale, quando o il testatore non abbia affatto indicato specialmente nel testamento un motivo di diseredazione o ne abbia indicato uno non legittimo, in modo che l'erede istituito non è neppure ammesso a provare una ingratitudine di cui si faccia colpa verso il testatore, sebbene giuridicamente importante. Ovvero il testatore ha bensì indicato specialmente nel testamento un motivo fissato per legge, che tuttavia l'erede istituito non può provare.

2) Riguardo poi ai fratelli e alle sorelle, quando il testatore abbia preferito loro senza motivo una turpe persona o la verità del

motivo specialmente addotto dal testatore non possa essere provata dall'erede.

Così decidesi inoltre anche la questione: chi debba addossarsi la prova nella querela del testamento inofficioso ^{a)}. Qui devesi distinguere:

1) quando figli o genitori promuovono questa azione, se la querela sia fondata su ciò che la esclusione dell'attore è avvenuta senza addurre una legittima causa: o su ciò che la causa d'ingiuria indicata nel testamento non è vera. Nel primo caso l'azione è incondizionatamente fondata e il testamento deve esser rescisso per motivi già sopra indicati senza che venga dato ascolto all'erede con la prova che l'attore abbia meritato la diseredazione. Infatti la esclusione devesi ritenere come inofficiosa già per questo soltanto che il testatore non ha indicato nel testamento una causa di diseredazione o ne ha indicata una non giuridicamente approvata ¹⁷⁾. Nel secondo caso invece l'erede deve provare la verità del motivo di diseredazione, poichè secondo la Novella 115 l'attore ha un diritto acquisito di non essere escluso dalla eredità senza la indicazione di un motivo approvato in questa legge e fondato sul vero. La validità della esclusione dipende quindi dalla verità dell'indicato motivo legittimo di diseredazione; essa deve essere per conseguenza dimostrata dall'erede perchè altrimenti non debba avere luogo il diritto ereditario, già fondato, dell'attore ¹⁸⁾. GIUSTINIANO lo dice pure espressamente alla fine del cap. 3.^o della Novella 115. dove secondo la revisione di HOMBERGK dicesi: *Itaque sive omnes dictas ingratitude causas sive eas, quae ex illis manifestae sunt, sive unam parentes in suo testamento scripserint et scripti heredes expressam, vel expressas vel unam ex illis veram esse ostenderit, testamentum vim suam habere iubemus.* Ciò ripete GIUSTINIANO nel cap. 4.^o anche riguardo alla querela dei genitori. Quando invece

¹⁷⁾ Vedi MENCKEN, *Introd. in doct. de actionib. for.* Sect. III cap. II membran. III §§ 13 e 14 pag. 371.

¹⁸⁾ Vedi WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess* cap. VI num. 26 pag. 266.

^{a)} Vedi specialmente FRANCKE, op. cit. § 22; MÜHLENBRUCH, XXXVII § 1423; VANGUROW, § 478 *Ann.* num. 3.

2) fratelli e sorelle, cui il testatore ha preferito una turpe persona, promuovono la querela, si resta qui riguardo alla procedura probatoria del tutto al precedente diritto romano, che sopra (§ 551, pag. 507) è già stato insegnato¹⁹⁾. Le idee dei giureconsulti sono veramente molto discordi su questo punto.

Alcuni²⁰⁾ sostengono che i fratelli e le sorelle esclusi dovrebbero sempre provare che l'erede istituito è una infame o spregevole persona in quanto ciò non sia già notorio, ma in nessun modo avrebbero bisogno di intraprendere un'ulteriore prova della loro buona condotta verso il defunto e della ingiustizia della esclusione. Del pari l'erede non sarebbe ammesso alla prova di un legittimo motivo, poichè in questo caso, nel quale ai collaterali è preferita una *turpis persona*, la esclusione loro non potrebbe essere giustificata da alcun motivo. Ma questa opinione riposa sopra un falso presupposto che già altrove²¹⁾ è stato confutato.

Altri²²⁾ invece ritengono per lo meno equo di estendere il disposto della Novella 115 anche ai fratelli e alle sorelle, perchè secondo questa legge un testamento è da ritenere come inofficioso quando l'erede istituito non possa provare una ingratitudine di cui sia colpevole l'escluso verso il testatore. Secondo loro questo motivo dovrebbe convenire anche ai collaterali esclusi. Inoltre starebbe a favore di questi

¹⁹⁾ Si confronti STRYCK, *Us. mod. Pand. h. t.* § 13. — STRUVII, *Syntagm. iur. civ.* Exerc. X Th. 18. — BÖHMER *iun. Dig. tit. de lib. et postum.* § 31. — *Christ. Fried. Ben. HOMMEL, Diss. de differentiis inter querelam inofficiosi, quae parentibus ac liberis et quae fratribus competit* (Erfordiae 1773 § 8) e WESTPHAL, *Von Testamenten* § 570 in fine pag. 435.

²⁰⁾ Io. Henr. FUCHS in *Diss. de impugnatione testamenti paterni per querelam inoff.* — *Carl. God. MADIHN ad MENCKENII, Doctrin. de actionib. forens.* nota 1188 pag. 371 e MÜLLER in *Observat. pract. ad LEYSERUM*, tom. I fasc. II Obs. 231.

²¹⁾ Vedi § 551 pag. 309 (Ediz. ital. pag. 578-579).

²²⁾ *Mich. Henr. GRIEBNER in Diss. Utrum fratres, instituta querela inofficiosi testamenti probare teneantur, se non fuisse ingratos?* (Vitembergae 1770 e negli *Opusc. Hallae 1722*, 4 edit. tom. V Sect. II pag. 21 seg.). — LEYSER, *Meditat. ad Pand. Specim. XCIII Cor. 1.* — Io. God. BAUER *Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis* § 19. — *Carl. Frid. PAELICKE, Diss. de errorib. quibusd. circa querelam inoff. testam.* ERR. IX. — SCHORCH in *Dissert. Quaestion. speciales circa inoff. testamentum cont.* § 11. — STEIN, *Von pflichtwidrigen Testamenten* § 34 pag. 145 seg. e GAMBSJAEGER in *Comm. de testamento in genere, in specie inofficioso parte IV* § 4 nota 19 pag. 62.

la presunzione generale: *quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium*. Non si potrebbe neppure pretendere da essi che intraprendano la prova di una diretta negazione, cioè di non aver meritato in alcuna guisa la esclusione, dalla quale prova li libererebbero le leggi stessi che dicono: *quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* ²³⁾. E siccome la querela non spetta ai fratelli e alle sorelle se non contro un erede, che è colpito da infamia o da turpitudine, sarebbe la massima ingiustizia se si volesse favorire tale convenuto e rigettare invece una prova quasi impossibile sull'attore già tanto mortificato.

Ma non si può affermare che abbiasi un motivo eguale a quello pei figli e genitori per estendere la Novella 115 ai fratelli e alle sorelle. Poichè riguardo a questi basta la semplice preterizione perchè il testamento possa sussistere *stricto iure* e non vi è alcuna legge, la quale ingiunga al testatore di indicare specialmente nel testamento una causa di diseredazione, come *Luca van de POLL* ²⁴⁾ molto giustamente ha ricordato. Oltredichè per ciò che riguarda la regola *quilibet praesumitur bonus*, ecc., essa è tale che sente bensì ognuno che contiene qualche cosa di vero, ma ognuno sente in pari tempo che nella maggior parte dei casi non è applicabile, come persuasivamente hanno dimostrato con molti esempi lo *SCHNEIDER* ²⁵⁾ e il *WEBER* ²⁶⁾. È vero che ognuno cui vengano rimproverate inofficiosità ha diritto di attendersi una prova di ciò, poichè sarebbe ingiusto e irragionevole di ammetterle già come vere senza prova alcuna. Quindi già il precedente diritto ²⁷⁾ addossava la prova al convenuto nell'azione d'inofficiosità, quando fosse indicato nel testamento un motivo d'offesa di cui l'escluso negava la verità. Ma è pur certo, come il *WEBER* ²⁸⁾ molto fondatamente osserva, che la supposta presunzione dell'aver agito in

²³⁾ L. 2 D. de probat. [22, 3], L. 23 C. eodem [4, 19], L. 10 C. de non num. pecun. [4, 30] cap. 11, X de probat. cap. 5, X de renunciat. cap. 23, X de election.

²⁴⁾ De exheredit. et praeterit. cap. 64 § 2.

²⁵⁾ *Vollst indige Lehre vom rechtlichen Beweise* (Giessen und Darmstadt 1803, 8) sez. 2 nota VIII pag. 429 seg.

²⁶⁾ *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess* sez. V num. 9 pag. 131 seg.

²⁷⁾ L. 22 e L. 28 in fin. C. h. t. (Vedi § 551 pag. 498).

²⁸⁾ Nel luogo citato pag. 134 in fine.

onformità ai propri doveri, non può esentare alcuno dalla prova che diversamente avrebbe dovuto assumersi. Tale è senza dubbio il caso dei fratelli e delle sorelle, quando la loro esclusione sia stata fatta nel testamento senza indicare un motivo e sia stata preferita loro una *persona turpis*. Qui secondo il precedente diritto spettava all'escluso, che promuoveva l'azione d'inofficiosità, la prova *immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum*, come dice MARCELLO ²⁹⁾, e ciò non è stato modificato relativamente ai collaterali dalla Novella 115. Ma in tal guisa essi, dicesi, dovrebbero assumersi una prova direttamente negativa e, come io credo, a ragione, poichè pongono per fondamento della loro azione di non aver meritato di essere esclusi dall'eredità. Ora ciascuno, come GÖNNER ³⁰⁾ del tutto esattamente osserva, deve provare la sua asserzione, il suo presupposto di fatto, senza del quale il suo diritto non può essere riconosciuto dal giudice e non vi è alcuna differenza se quello sia di carattere affermativo o negativo. Non si può neppure sostenere fondatamente che la prova che le leggi ³¹⁾ impongono all'attore sia in sè stessa impossibile; il principio *quod factum negantis per rerum naturam probatio nulla sit* è qui chiaramente fuor di luogo ed è del tutto frainteso. Questo infatti non significa che una negazione non si possa dimostrare *per rerum naturam* e che quindi colui il quale sostiene una massima negativa, appunto per ciò sia esente da ogni prova. Ciò sarebbe assurdo e contraddittorio anche ad altre disposizioni legali ³²⁾. Il significato di quel principio è piuttosto questo, che secondo la natura delle cose non incombe prova alcuna a colui che contesta un fatto addotto contro di lui. Ma non è lecito porre in dubbio con qualche fondamento che prove giuridicamente sufficienti di una negazione possano essere intraprese così direttamente come

²⁹⁾ L. 3 e 5 D. h. t. C. eod. WESTPHAL, *Von Testamenten* § 570 pag. 434 seg.

³⁰⁾ *Handbuch des deutschen gemeinen Processes* vol. 2 num. XXXVII § 18 pag. 270. Si veda anche WEBER, loc. cit. pag. 196 seg.

³¹⁾ L. 5 D. h. t. dice: *Verbi de inofficiosi vis illa est: docere immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum.*

³²⁾ L. 15, L. 25 D. de probat. L. 11 C. eodem. L. 5 C. de iniur. [9, 35], L. 5 C. de codicillis [6, 36], L. 13 C. de non num. pecunia. Si veda anche *Ge. Mich. de MEZGER, Diss. de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt* (Altdorfii 1800) §§ 26 e 27.

indirettamente e già è stato abbastanza dimostrato da altri ³³⁾. Inoltre il fratello preterito, come WERNHER ³⁴⁾ giustamente osserva, può dirigere la prova soltanto alla sua condotta verso il testatore e se la prova testimoniale non può recar alcun servizio nei casi che ricorrono, rimane pur sempre la delazione del giuramento, la cui ammissibilità non è soggetto di fondato dubbio, così per le asserzioni di carattere negativo, come di carattere affermativo ³⁵⁾.

§ 556.

*Contro chi è promossa la querela inofficiosi? *)*

La querela del testamento inofficioso vien promossa anzitutto contro l'erede istituito, ma ha pur luogo contro ogni altro che subentra al suo posto, sia il suo erede ³⁶⁾, sia il fisco medesimo, il quale, per esempio, ha tolto l'eredità all'erede testamentario a cagione della sua indegnità ³⁷⁾ b). Infatti il fisco subentra nel luogo dell'indegno o in

³³⁾ Vedi De COCCEJI, *Diss. de directa probatione negativae*. — WOLFG. TRIER, *Diss. de onere probandi negantibus incumbente*. — WESTPHAL, *Vom rechtlichen Beweise einer Verneinung* (Hallae 1783). — De MEZGER in *Diss. cit.* §§ 28 e 29 e specialmente WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung* pag. 189 seg.

³⁴⁾ *Lectiss. commentation. in Pandect. lib. II, lib. XXIX tit. 2 § 31.*

³⁵⁾ L. 25 § 3 D. de probat. Vedi De MEZGER, *cit. Diss.* § 29 pag. 32 e specialmente WEBER nel *cit. libro* pag. 194 seg.

³⁶⁾ *Luc. van de POLL. De exhered. et praeterit. cap. 82 § 7.*

³⁷⁾ L. 10 C. h. t.: *Si heredum QUINTINIANI, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento acturus eras, iure successionis bona ad fiscum pertinent, vel ipsius QUINTINIANI bona, utpote vacantia, fiscus tenet; causam apud Procuratorem nostrum agere potes. Ant. FABER in Coniect. iur. civ. lib. XVII cap. 2* trova qui delle difficoltà e ritiene spurie ed anche contraddittorie le parole *utpote vacantia*. Sarebbe ben possibile il caso, egli dice, che i beni di QUINTINIANO fossero devoluti al fisco, sebbene gli eredi di lui già avessero adito l'eredità. Ci si dovrebbe soltanto configurare il caso, *quod heredes instituti ea ipsa bona incapaci alicui ex fideicommisso tacito restituere rogati probarentur*. Ma questi beni non sarebbero poi stati confiscati come *vacantia*. Anche

*) Cfr. UNZNER, *Op. cit.* § 3.

b) Cfr. nello stesso senso FRANCKE, *op. cit.* pag. 286. La L. 10 C. h. t. viene spiegata dal FRANCKE in un modo diverso da quello in cui la spiega il GLÜCK. Chiaro, osserva

genere di colui cui ha tolto i beni e deve quindi adempierne le obbligazioni³⁸). Se la eredità sia gravata di un fedecommesso, il fidu-

WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1034 pag. 769, non può concepire come il *Fiscus* abbia potuto impadronirsi dei beni di QUINTINIANO, poichè se ha diseredato il figlio deve pure aver nominato un erede. Questi o è il fisco o altri; nel primo caso non vi sono *bona vacantia*, nel secondo l'erede istituito dovrebbe esser morto prima del testatore, poichè allora il testamento sarebbe diventato *destitutum* e l'azione d'inofficiosità non sarebbe convenuta al caso. Egli non si arrischia a considerare come una spuria aggiunta le parole *vel ipsius QUINTINIANI bona, utpote vacantia, fiscus tenet*, ma non fa certo un complimento all'imperatore ALESSANDRO allorchè conchiude la sua spiegazione con le parole: *Quandoque bonus dormitat Homerus*. Sembra che egli abbia ignorato ciò che già tanto fondatamente hanno ricordato contro la critica del FABRO e detto a spiegazione della L. 10, *Franc. de AMAYA in Commentar. in tres posteriores libros Cod. tom. I (Lugduni 1693 f.) ad L. 3 Cod. de bonis vacant. num. 4 e 5 pag. 133 e POTHIER in Pandect. Justin. tom. I h. t. num. XIII nota e pag. 190*. QUINTINIANO aveva diseredato suo figlio e istituito eredi estranei. Contro questi il figlio diseredato voleva intentare l'azione pel testamento inofficioso, ma frattanto il patrimonio era caduto al fisco. Contro chi dovevasi ora promuovere la querela? Presumibilmente il figlio non aveva indicato in modo preciso nella supplica per qual motivo il fisco se ne era impadronito; l'imperatore configura quindi un duplice caso, come possibile. L'uno che i beni degli eredi di QUINTINIANO, che avevano adito l'eredità, *iure successionis* fossero pervenuti al fisco, per oesempio, perchè questi eran morti senza eredi. L'altro che semplicemente l'eredità di QUINTINIANO soltanto fosse stata reclamata dal fisco come *bona vacantia*. Qui devesi pensare al caso che l'eredità fosse caduta al fisco giusta le *leges caducariae* allora tuttor vigenti. Si supponga pertanto che uno degli eredi di QUINTINIANO sia morto *ante apertas tabulas* o per lo meno prima dell'adizione della eredità. Qui secondo la *lex Julia caducaria* la parte vacante d'eredità era devoluta alla cassa dello Stato. Vedi *Io. Gottl. HEINECCI, Commentar. ad legem Juliam et Papiam Popp. lib. III cap. 6 e 7 § 4 e Alb. SCHULTE, Diss. de iure fisci in hereditates privatorum (Lipsiae 1740) cap. I § 6 e cap. II*. Trattisi dell'uno o dell'altro caso, il figlio, rescrive a lui l'imperatore, può promuovere la querela contro il fisco dinanzi al procuratore imperiale, che era qui l'unico giudice competente. Vedi *Gottfr. MASCHOV, De Procuratore Caesaris* § 18.

³⁸) L. 16 § 2 D. *de his, quae ut indign.* [34, 9], L. 96 § 2 D. *de legat. I* (30), L. 6 D. *de iure fisci* [49, 14].

il FRANCKE, è il contenuto del passo in quanto spiega che la querela può esser promossa contro il fisco, quando succeda all'erede testamentario. Faceva sorgere invece grandi difficoltà che dovesse rispondere anche quando ad esso fisco i beni del testatore pervennero *utpote vacantia*, poichè credevasi che l'azione accordata in questo caso fosse pure la querela. A ciò ALESSANDRO non pensò certamente, ma siccome la domanda era oscura

ciario ha già restituito la eredità al fedecommessario o no. Nel primo caso l'azione è da promuovere contro il fedecommessario, come attuale possessore della eredità, tanto più ³⁹⁾ che egli è da considerare *loco heredis* e quindi come un erede ⁴⁰⁾ c). Secondo lo stretto diritto l'erede diretto (*fiduciarius*) resta erede anche dopochè ha restituito l'eredità intiera ⁴¹⁾; tuttavia siccome per il *senatusconsulto trebelliano*, tutte le azioni ereditarie che per diritto civile spettano all'erede e contro

³⁹⁾ L. 1 C. h. t.: *Omni de inofficioso matris suas testamento filius dicere velit adversus eum, qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet: non est iniquum, hoc ei accomodari, ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede, aut pro possessore possideret.* Il motivo di dubbio era qui specialmente questo che il fiduciario, anche dopo la restituzione della eredità, rimane vero e proprio erede; il fedecommessario sembrava non esser qui il legittimo convenuto, contro cui potesse esser promossa efficacemente la querela sì da far annullare il testamento anche riguardo all'erede diretto. Nondimeno agli imperatori SEVERO e ANTONINO parve conforme all'equità di accordare al figlio l'azione contro il fedecommessario, come possessore della eredità, perchè, l'erede diretto non poteva avere alcun ulteriore interesse nel processo dal momento che aveva già restituito l'eredità. Viene tuttavia presupposto che questa sia stata restituita *ex Scto Trebelliano*; se invece la restituzione fosse avvenuta *ex Scto Pegasiano* il fedecommessario sarebbe stato considerato come un semplice legatario § 5 I. *de fideic. hered.* [2, 23]. L'ultima ipotesi omai non si verifica più. Si confronti intorno a questa legge specialmente *Ant. FABRI, Coniectur. iuris civ. lib. XVII cap. I* e *Marci LYCKLAMA a NYHOLT, Membranar. lib. I Eccl. 5.*

⁴⁰⁾ §§ 3, 4, 5 e 6 I. *de fideicomm. hereditat.*

⁴¹⁾ § 3 I. *de fideic. hered.*

e poteva restare in dubbio se lo istituito nel testamento aveva realmente acquistato l'eredità e se i suoi beni o semplicemente quelli del defunto erano pervenuti al fisco, si dà il seguente rescritto: « Se i beni dell'erede e, con ciò la eredità da lui adita son pervenuti al fisco *iure successionis*, il fisco può esser convenuto (intendesi con la querela). E così quando il fisco s'impossessò semplicemente dei beni di QUINTINIANO, che dici tuo padre, come vacanti, non avendoli acquistati l'erede istituito, quello può del pari esser convenuto (intendesi con la *hereditatis petitio ab intestato*) ». Tale spiegazione fu accettata anche da altri (Cfr. VANGEROW, § 478 *Anm.* num. 4). Certo non si può asserire che veramente si tratta di due azioni diverse che dovrebbero intentarsi l'una in un caso, l'altra nell'altro. Tuttavia, sta a favore della interpretazione del FRANCKE, la frase *adversus quos (hered. QUINTINIANI) de inofficioso testamento acturus eras* che sembra limitarsi appunto al primo caso configurato dal FRANCKE. D'altra parte, accogliendo nel suo significato generale la conclusione del rescritto *Si-vel-agere potes*, è vero che l'imperatore non ha indicato alcuna azione, ma è anche vero che il rescritto deve esser inteso nel senso del diritto vigente e delle relative azioni.

c) Concorda FRANCKE, op. cit. pag. 287.

l'erede passano al fedecommissario ⁴²⁾, il fiduciario può difendersi con la eccezione che ha già restituito l'eredità ⁴³⁾. Se essa non è stata ancora restituita, la querela deve esser promossa contro il fiduciario ⁴⁴⁾ e se questi anche durante il processo dovesse aver restituito la eredità al fedecommissario, prosegue il processo contro il fiduciario sino alla sentenza, e quando sia data contro di lui, vien annullata la restituzione fatta al fedecommissario ⁴⁵⁾. Dopo la restituzione non può altrimenti esser convenuto il fiduciario, a meno che o non siasi spontaneamente offerto alla lite, come se non avesse restituito la eredità ⁴⁶⁾, o avesse trattenuto una parte di essa. Infatti la sentenza pronunciata contro il fedecommissario non impedisce che il fiduciario possa esser tuttora considerato come vero erede riguardo alla sua persona e alla parte che sia trattenuta dell'eredità e per conseguenza in quanto il testamento non sia da considerare ancora rescisso ⁴⁷⁾. Se tuttavia l'escluso ha agito prima contro il fiduciario e ottenuto una sentenza vittoriosa, con cui il testamento è stato rescisso, la querela non ha ulteriormente luogo contro il fedecommissario, ma contro di questo viene promossa la ordinaria petizione di eredità ⁴⁸⁾. Infatti se il testamento è rescisso, il fedecommissario non può valer più ⁴⁹⁾.

Del resto relativamente all'erede istituito contro il quale è promossa l'azione d'inofficiosità devesi pur fare una distinzione se quest'azione sia intentata da figli e genitori ovvero da collaterali. Rispetto ai figli e genitori niente ha importanza considerare chi sia stato istituito erede ⁵⁰⁾. Essi possono intentare la querela contro ogni erede se anche

⁴²⁾ § 4 I. *codem*.

⁴³⁾ L. 27 § 7 D. *ad Scutum Trebellian*.

⁴⁴⁾ Però non è necessario che anche il fedecommissario venga citato. Ma per impedire ogni collusione gli è permesso l'intervento in causa. L. 29 D. h. t. FABER, loc. cit. pag. 597.

⁴⁵⁾ L. 55 § 5 D. *ad Scutum Trebell*. WESTPHALS *hermeneut. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen* § 1707 pag. 1167.

⁴⁶⁾ L. 63 § 2 D. *cod.* WESTPHAL, loc. cit. § 1708.

⁴⁷⁾ Vedi FABER, loc. cit. e LYCKLAMA, loc. cit. pag. 27.

⁴⁸⁾ *Luc. van. de POLL, de exheredat. et praeterit.* cap. 82 § 6.

⁴⁹⁾ L. 23 in fin. D. h. t., L. 100 § 2 D. *de reg. iur.*

⁵⁰⁾ L. 31 § 1 D. h. t.: *Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentum querelam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus, ex liberis, an extraneis vel municipibus.*

fosse stato istituito il principe ⁵¹⁾. L'azione è sperimentabile anche contro un erede necessario, se questi sia stato istituito erede universale con esclusione dell'attore ⁵²⁾. Se tuttavia insieme all'erede necessario sia stato istituito un erede volontario, la querela ha luogo soltanto contro il secondo ⁵³⁾. Per esempio, la madre ha istituito un estraneo nel suo testamento e quindi una delle sue due figlie, ma ha preterito l'altra. Qui la figlia preterita può intentare la querela soltanto contro l'estraneo istituito nel testamento, non ha alcuna azione contro sua sorella ⁵⁴⁾. Infatti l'attrice non può pretendere più di quello che avrebbe ricevuto *ab intestato*: tal parte non può pretenderla dalla sua sorella istituita, la quale dal testamento non ha ricevuto più di ciò che le spetta *ab intestato* se il testamento è rescisso ⁵⁵⁾. Inoltre, secondo le circostanze anche dei figli possono intentare la querela contro i loro genitori e questi contro quelli ⁵⁶⁾. Per esempio, una madre ha diseredato suo figlio e istituito erede il padre di lui ⁵⁷⁾; ovvero un

⁵¹⁾ L. 8 § 2 D. h. t.

⁵²⁾ VOET in *Commentar. ad Dig. h. t. § 12*. Quindi è curioso che MENCKEN in *Doctrina de act. forens. Sect. III cap. II membr. III § 18* accordi al convenuto la *exceptio competentis iuris cohereditarii*. Perciò è stato corretto da MADIUN nota 1194 *ad Eundem*.

⁵³⁾ DONELLUS in *Commentar. iuris civ. lib. XIX cap. 9 pag. 1100*.

⁵⁴⁾ L. 19 D. h. t.

⁵⁵⁾ DONELLUS, loc. cit.

⁵⁶⁾ VOET, loc. cit.

⁵⁷⁾ A questo caso VOET riferisce la L. 22 pr. D. h. t. dove TRIFONINO dice: *Filius non impeditur, quominus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet, vel adisset hereditatem, quamquam in eius esset potestate: nec prohiberi patrem, dixi, iure filii accusare: nam indignatio filii est*. Ma qui parlasi di un caso, in cui il figlio che era stato diseredato dalla madre, è tuttora sotto la patria potestà. Qui il figlio stesso non può agire senza il consenso del padre, ma questi intenta la querela *filii sui nomine*. L. 17 §§ 10 e 11 D. *de iniur.* [47, 10], L. 8 pr. D. h. t. Ancor meno il figlio potrebbe agir qui contro il padre stesso L. 4 D. *de iudic.* Perciò POTHIER in *Pandect. Justin. tom. I h. t. num. XL*. nota e, osserva che TRIFONINO è da intendere nel senso che, quando pure al padre fosse lasciato un legato nel testamento, ciò non impedisca al figlio *quominus per patrem, cui huius querelae ius, sicut cetera omnia, si patriae potestatis acquirit, inoffic. testamentum matris accusaret*. WESTPHAL, *Von Testamenten § 1096*, si configura il caso che al figlio diseredato sia stato lasciato un legato, che il padre ha ricevuto pel figlio. Ma appare il contrario dal § 1 dove dicesi che il padre non perde il legato sebbene non vinca la lite, avendo agito in nome del figlio. Però come

figlio ha preterito sua madre e istituito sua sorella ⁵⁸⁾). Invece fratelli e sorelle non possono agire che contro un erede, il quale sia una infame o turpe persona ⁵⁹⁾ d). Quando, per esempio, di due eredi l'uno è persona onorata, l'altro spregevole, i collaterali preteriti non possono intentare l'azione d'inofficiosità che contro l'ultimo e avocare a loro la sua parte ⁶⁰⁾. Se il querelante diventa erede dell'erede testamentario estinguendosi la querela, a meno che non vi sia altro erede, contro cui l'azione possa dirigersi ⁶¹⁾. In ogni caso la querela può esser promossa contro l'erede testamentario soltanto dopo l'adizione dell'eredità ⁶²⁾, poichè se la eredità non sia adita per testamento, la diseredazione ivi contenuta è senza effetto e non può quindi danneggiare al diseredato ⁶³⁾. La diseredazione, come DE RETES ⁶⁴⁾ dice,

ci si deve immaginare il caso quando TRIFONINO dice *vel adisset hereditatem?* (Quando sia istituito erede il padre stesso può nondimeno agire contro sè medesimo in nome del figlio! Come ha osservato anche *Jos. Fernandez de RETES* in *Adversar. de inofficioso testamento* cap. 24 (in *Ger. MEERMANNI, Nov. Thesaur. iur. civ.* tom. VI pag. 541), si deve pensare al caso che il padre avesse un coerede. Le parole: *quamquam in eius potestate esset* sono un motivo di dubbio, poichè dal momento che il figlio fece acquistare l'*ius querelae* al padre, nella cui potestà trovavasi tuttora, sembra far contro al padre la circostanza che questi, accettando il legato, abbia riconosciuto l'ultima volontà della testatrice. Ora chi riconosce il testamento che poteva impugnare come inofficioso non si può lagnar più di aver ricevuto un torto, un'offesa dal testatore. Se non che qui il padre lagnasi per un torto della testatrice verso suo figlio; non agisce per un diritto proprio, ma *iure filii*. I Basilici tom. V lib. XXXIX pag. 203 hanno il passo così tradotto *Ἐπεὶ ἐγγάτου ὁ πατὴρ μου ἔλαβεν ἐκ τῆς μητρῶνος μου διαθήκης, ἣ καὶ τὴν κληρονομίαν αὐτῆς, οὐ καλύπτει, καὶ ὑπερβούσιος αὐτοῦ ὄντος ἀνεῖν τῆς κατὰ τῆς διαθήκης μεμψίου, καὶ ὁ πατὴρ μου ὄνοματι μου αἰεῖ.* *Si pater meus legatum accepit ex testamento matris meae, vel etiam hereditatem eius, non prohibeor, etiam si in eius potestate sim, agere querela inofficiosi et pater meus meo nomine agit.*

⁵⁸⁾ L. 17 C. h. t.

⁵⁹⁾ L. 27 C. h. t.

⁶⁰⁾ L. 24 D. *eod.* WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1040.

⁶¹⁾ L. 31 § 2 D. h. t.

⁶²⁾ L. 8 § 10 D. h. t.: *Ante aditum hereditatem nec nascitur querela.*

⁶³⁾ L. 20 D. *de bonor. poss. contra tab.* [37, 4].

⁶⁴⁾ *Adversar. de inofficioso testam.* cap. XVIII § 10.

d) Si può argomentare che questa condizione è stata sempre richiesta anche nel più antico diritto romano. FRANCKE, *op. cit.* pag. 173 nota 4.

vien confermata soltanto mediante l'adizione dell'eredità in base a testamento. A ciò è del tutto equipollente che l'erede istituito abbia ottenuto la *bon. poss. secundum tab.* ⁶⁵⁾. Affinchè tuttavia l'erede istituito non ritardi indebitamente la sua dichiarazione, gli è indicato un tempo, dentro il quale egli deve dichiarare se intenda o no accettare l'eredità. Questo è un termine di mesi sei se ambedue le parti abitano nella stessa provincia, di un anno invece se non abbiano il loro domicilio nella stessa provincia ⁶⁶⁾. Oggidì, su domanda dell'attore, può essere imposto dal giudice all'erede un termine preclusivo affinchè si dichiari ⁶⁷⁾. Se tuttavia l'erede adisce l'eredità col beneficio d'inventario, non gli si deve togliere lo spazio di tempo per deliberare, che è per legge congiunto con questo beneficio, ne gli può essere imposto d'impegnarsi in una lite con l'escluso prima che sia compiuto l'inventario ⁶⁸⁾.

§ 557.

Fondamento e scopo della querela d'inofficioità *).

Per ciò che riferiscesi al fondamento della querela, si ha riguardo alla questione se quel pretesto di cui originariamente doveva servirsi l'attore (che il testatore non possa essere stato sano di mente quando ha preso una disposizione così poco equa intorno alla propria eredità ⁶⁹⁾) abbia luogo anche secondo il nuovissimo diritto e sia quindi

⁶⁵⁾ L. 12 § 5 D. *de bonis libertor.* [38, 2]: *Ex testamento autem, ex quo neque adita hereditas est, neque petita bonorum poss. liberis exhereditio non nocet.*

⁶⁶⁾ L. 36 § 2 C. h. t.

⁶⁷⁾ Vedi WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1037 pag. 772.

⁶⁸⁾ L. 22 § 11 C. *de iure delib.* [6, 30]: *Donec autem inventarium conscribitur: vel si res praesto sint, intra tres menses: vel si abfuerint, intra annale spatium, nulla erit licentia, neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad iudicium vocare; — sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum.* Vedi Carl. REICHELMS *Versuch einer Auslegung dunkler für den Theor. und Praktiker gleich wichtiger Gesetze* num. VI §§ 8 e 9.

⁶⁹⁾ L. 2 D. h. t.

*) UNZNER, *Op. cit.* p. 17 segg.

richiesto oggidì pure per fondamento di questa azione. Vi sono qui tre opinioni fra i giureconsulti. Alcuni ⁷⁰⁾ vogliono sostenere che quel *color furoris* non sia stato abolito neppure con la Nov. 115, ma sia anzi da porre a base quando pure la querela venga promossa dai figli o dai genitori. Infatti, dicasi, la falsa accusa di un figlio innocente non attesta l'assenza della coscienza tranquilla? Niente osterebbe che i legati rimangano validi, poichè la *fictio furoris* sia ristretta dalla nuova legge soltanto alla istituzione di erede; invece gli altri *capita testamenti* sarebbero stati dichiarati validi *tanquam a sano homine facta*. Altri ⁷¹⁾ invece distinguono tra figli, genitori, fratelli e sorelle e credono che pei figli e genitori che promuovono la querela l'antico pretesto di una infermità di mente non sia più necessario, poichè essi possono fondarsi su ciò che la causa indicata nel testamento non è vera e giammai potrebbe esser provata dal convenuto. Invece per la querela dei collaterali quella finzione dovrebbe essere usata anche oggigiorno, non avendo ricevuto modificazione, riguardo ad essi, l'antico diritto. Infine vi sono giureconsulti ⁷²⁾ che senz'alcuna

⁷⁰⁾ *Vigl.* ZUCHEMUS in *Comment. in dec. titulos Institution. h. t. Princ. n. 2* pag. 174. — *Arn.* VINNIUS in *Comm. ad Princ. I. h. t. num. 8.* — *De* COCCEJI in *Ius civ. contror. h. t. Qu. 3 e* WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1009.

⁷¹⁾ *Ant.* FABER in *Rational. ad L. 2 D. h. t. — Clau.* CHIFLETIUS, *De iure fideicommissor. lib. III cap. 12* (in *Oper. quae de iure fecit. parte I* Lugd. 1584, 8) pag. 361. — *Chr. Friel. Ben.* HEMMEL, *Diss. de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit* § XII. — *Sim. Pet.* GASSER, *Diss. de origine querelae inoff.* §§ 30 e 31. — *Io. Chr.* WOLTAER in *Observ. iur. civ. et Branleb.* fasc. I obs. 26 pag. 225 e fasc. II Obs. 27. — *BOOK, Lehre von der Enterbung* § 13 e § 23.

⁷²⁾ *STRUV., Syntagma iur. civ. Exerc. X Th. 3.* — *Ge.* FRANTZKIUS in *Comm. in Pand. h. t. num. 12* pag. 209. — *Ant.* SCHULTING, *Theor. controvers. Dec. XV* § 5. — *Bern.* SCHOTANUS *Exam. iurid. h. t. pag. 268* (Amstelod. 1646, 8). — *Corn. van* BYNKERSOEK, *Observ. iur. Rom. lib. II cap. 12.* — *Er.* OTTO in *Comm. ad Pr. Institut. h. t.* — *BÖHMER, Doctr. de action. Sect. II cap. 3* § 37. — *Tob. Iac.* REINHARTH, *Select. Observat. ad CHRISTINAEL, Decision. vol. 18* Obs. 83 pag. 138. — *Ferl. Aug.* HOMMEL, *Diss. de victoria querelae inoff. tertio proficua* § 8. — *Dan. Friel.* HOEISEL in *Diss. I de fictionibus iuris, in cerebro ICTorum natis atque e sana iurisprudencia eliminandis* (Hallae 1727) § 36. — *HOFACKER, Princ. iur. civ. tom. II* § 1690 nota a. — *Chr. Iac.* ZAHN in *Diss. de fictionibus iuris Rom. praes. Christ. GMELIN* (Tubingae 1787) pag. 29. — *MADHIN, Princ. iur. Rom. de successionib.* § 141 e *STEIN, Lehre des R. R. von pflichtwidrigen Testamenten* § 34 pag. 141 seg.

distinzione affermano che oggimai non vi sia più bisogno del *color dementiae* nella querela, sia promossa da figli, genitori, fratelli e sorelle. Ciò perchè i giureconsulti romani dovettero appigliarsi a quella finzione, non restando loro, altrimenti, alcun mezzo per impugnare un testamento, che secondo le leggi delle XII tavole aveva una inattaccabile validità. Se l'azione d'inofficiosità fosse stata introdotta sin da principio mediante un'apposita legge, non vi sarebbe stato mai bisogno di quel pretesto. Ora siccome pei collaterali la querela ha ricevuto la sua legale determinazione mediante la costituzione dell'imperatore COSTANTINO nella L. 27 C. h. t., pei figli e genitori mediante la Novella 115, cade affatto il motivo di quel pretesto di un tempo.

Questo è certo che per la querela dei figli e genitori l'antico fondamento di una supposta infermità di mente del defunto è stato abolito dalla Novella 115 ^{c)}. Le parole del cap. 3 e 4 *si autem haec observata non fuerint, etc.*, non lascian sussistere il minimo dubbio che secondo il tenore di esse, il fondamento della querela, così come è stata modificata da GIUSTINIANO, deesi porre in ciò che la esclusione fu fatta senza addurre un motivo legittimo o perchè il motivo di cui si fa carico all'attore, se anche legittimo, è tuttavia affatto infondato e quindi il testamento si ha da considerare come inofficioso ⁷³⁾. Ancor più si vede come in base alla Novella 115 scompaia l'antica finzione da questo che, tolta la istituzione d'erede, tutto il resto rimane valido. Invero il motivo per cui per lo innanzi tutto il testamento con i suoi accessori era annullato dalla querela, è indicato espressamente così: *quia crederetur, quasi furiosus testamentum facere non potuisse*, come CLAUDIO in SCEVOLA ⁷⁴⁾ ha osservato. Quindi cadevano anche i legati *quasi a demente relicta* ⁷⁵⁾.

⁷³⁾ Vedi MENCKEN, *Doct. de action. for.* pag. 373 e CARRACII, *Adnotat. ad BOEHMERI, Doctr. de actionib.* pag. 182.

⁷⁴⁾ L. 36 D. *de legat.* III (32).

⁷⁵⁾ L. 13 D. h. t.

e) La querela sorse come un rimedio equitativo e si addentellò a poco a poco a fissi principi giuridici (Cfr. le belle considerazioni del FRANCKE, op. cit. pag. 266-67). Anche quella finzione apparteneva a quei ripieghi che dovevano cadere quando fosse giunto il momento di sostituirli con una base giuridica meno artificiosa.

Ma quando promuovano la querela fratelli e sorelle, cui il testatore abbia preferito una persona turpe, non si può applicare ad essi la Novella 115, non facendo menzione alcuna dei collaterali ⁷⁶⁾. Per la loro esclusione non sono neppure legalmente determinati dei motivi d'offesa, ma tutto è rimasto nel precedente stato di cose. Qui io ritengo perciò necessario che l'attore ponga a base l'antico motivo quando egli mira all'effetto di far rescindere l'intero testamento e per conseguenza anche relativamente ai legati. Qui infatti fondamento ed efficacia dell'azione sono indissolubilmente congiunti. Neppure si può sostenere che qualche mutamento sia avvenuto per causa della L. 27 C. *de inoff. testam.*, poichè altrimenti sarebbe inconcepibile, come i compilatori delle Pandette avessero potuto estrarre il passo dalle istituzioni di MARCIANO ⁷⁷⁾: *Hoc colore de inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit: sed rite quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis. Nam si vere furiosus esset, vel demens nullum est testamentum.* Posto pure che avessero trascritto questo passo senza riflettervi, sarebbe per lo meno venuto loro in mente in seguito che il *color furoris* era abolito, quando accoglievano il passo ⁷⁸⁾ dai Digesti di MARCIANO: *Huius autem verbi de inofficioso vis illa est, docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: res que illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret*, se qui non avessero piuttosto voluto insegnare il contrario e indicare un fondamento, tuttora valido, della querela. Per certo anche TEOFILO nella sua parafrasi greca delle istituzioni, al titolo *de inofficioso testamento* avrebbe detto almeno con un paio di parole ai suoi uditori (a cui egli la dettava ^{f)}, come *Gugl. Otto*

⁷⁶⁾ Vedi HAUBOLD, *Ad Bergeri Oeconom. iuris* lib. II tit. IV Th. XVII not. s. pag. 404.

⁷⁷⁾ L. 2 D. h. t.

⁷⁸⁾ L. 5 D. eodem.

^{f)} Si ricordi come quest'asserzione del REITZ, e che fu quasi una comune opinione, sia stata contraddetta fra noi dal FERRINI (Cfr. SERAFINI, *Istitut.* 4.^a ediz. Introd. c. XII). Tuttavia, già mezzo secolo dopo la morte di TEOFILO, la parafrasi era attribuita a lui. Forse sono lezioni non sempre bene accolte e rimaneggiate dagli scolari.

REITZ ⁷⁹⁾ con molta dottrina ha dimostrato) che il *color insaniae testatoris* era omai una anticaglia, se ciò fosse effettivamente stato. Egli invece parafrasa appunto così, come suona il testo *princ. I. h. t.* nelle istituzioni ⁸⁰⁾: *Εν ισχύα τούτου βουθεία επινοήθη τοῖς πρὸς de inofficiosi, μνησθέντες καὶ λέγουσιν, ἀδίκως αὐτοὺς ἐξαιρεῖσθαι γινώσκοντες ἡγούσαν προαιτεροῦσθαι, ταῦτο προῖσχυμένους τὸ χροῖμα, ὡς ὅτι μνησθῆναι ἦν ὁ τελευτήτης, ἡγία τὴν διαθήκην διετύπων.* A ciò aggiungesi che il passo sopra riferito dalle istituzioni di MARCIANO è passato testualmente anche nei Basilici ⁸¹⁾, e negli scolii di essi ⁸²⁾ vien pure fatta la osservazione: *infirmatur enim testamentum ac si a furioso factum. Cur enim furorem non dicemus naturae succensere?* Quindi fa cosa del tutto inesatta *Bartol. Leon.* SVENDEN-DÖRFER ⁸³⁾ quando nel suo formulario concepisce così il fondamento di quella azione: siccome questo testamento, per la ragione che il convenuto in seguito al delitto commesso è stato esiliato dal paese, non può conservare la sua validità giuridica, ecc.

Pertanto lo scopo della querela è di ottenere la rescissione del testamento e la restituzione dell'eredità ⁸⁴⁾. Non sempre tuttavia si può agire con la querela per l'intera eredità, essendo quella talora una *hereditatis petitio partiaria*. Qui son da riferire i seguenti casi:

I. Quando l'erede necessario non è il solo erede legittimo. Qui egli può agire soltanto per la parte dell'eredità che avrebbe ricevuto *ab intestato* ⁸⁵⁾. Si possono qui pensare i seguenti casi:

1. L'erede necessario escluso promuove la querela in un caso, nel quale vi sono pure altri eredi necessari non preteriti. A questo caso riferisconsi le seguenti leggi:

a) L. 8 § 8 D. h. t. dove ULPIANO dice: *Quoniam autem quarta debita portio sufficit ad excludendam querelam videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: ut puta, sumus duo filii exheredati; et utique faciat, ut PAPINIANUS respondit? Et si dicam inof-*

⁷⁹⁾ *Praefat.* premessa alla sua edizione (Hagae Comit. 1751, 4) § 46 pag. 27

⁸⁰⁾ Tom. I pag. 416 seg.

⁸¹⁾ Tom. V lib. 39 tit. I pag. 195.

⁸²⁾ Tom. V pag. 222.

⁸³⁾ *Tract. theor. pract. de actionib. successoriis* pag. 87.

⁸⁴⁾ Vedi SCHMIDTS *pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen* § 547.

⁸⁵⁾ Si confronti specialmente *Ed. SCHRADER, Comment. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testamenti* § 64 seg.

fciosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere ^{g)}). Un padre aveva diseredato i suoi due figli e istituito erede un estraneo, ma pur legato ad un figlio tanto quanto era l'ammontare della legittima ai tempi di ULPIANO. Qui sorgeva primieramente la questione: può promuovere la querela il figlio, a cui il padre ha lasciato la legittima? A ragione risponde ULPIANO negativamente, poichè colui che lascia la legittima ai suoi eredi necessari, e ciò poteva avvenire ai tempi di ULPIANO *titulo singulari*, è assicurato contro la querela. Ma che cosa è a dire quando al figlio non sia stata assegnata la quarta parte dell'intero patrimonio, sivvero soltanto la quarta parte della metà che avrebbe ereditato *ab intestato*; deve egli appagarsi di ciò anche quando l'altrui figlio diseredato non agisca, perchè forse è stato diseredato a ragione o non può egli piuttosto pretendere qui la quarta parte dell'intera eredità? Niente affatto, perchè nel cómputo della legittima vien calcolato anche il figlio diseredato così come se egli vi prendesse parte ⁸⁶⁾. E che cosa è a dire quando si verifica il caso opposto e il figlio diseredato, a cui niente è stato legato, agisce, e può agire anche per la ingiusta diseredazione? Qui sorge la questione se debbasi aver riguardo all'altro figlio diseredato che è stato istituito nell'ammontare della legittima e quindi non può agire (*an is, qui queri non potest, querenti partem faciat?*). A tale questione devesi pure rispondere affermativamente secondo il responso di ULPIANO, poichè il figlio diseredato non può agire qui con la querela per l'intera eredità, ma soltanto per la metà di questa, ossia per la parte che avrebbe ricevuto *ab intestato*. In base a questa interpretazione cade affatto, come inutile, ogni critica intorno a quel passo e non vi è alcun motivo per ritenere, con Antonio FABER ⁸⁷⁾ e Desiderio HERALDO ⁸⁸⁾, una spuria aggiunta di un indotto interprete le parole: *et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere*: il che è stato

⁸⁶⁾ WESTPHAL, *Von Testamenten* § 395 pag. 281.

⁸⁷⁾ In *Rational.* ad L. 8 § 8 D. h. t.

⁸⁸⁾ *De rerum iudicatar. auctor.* lib. II cap. 14 § 4 (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* tom. II pag. 1225 seg.).

^{g)} Cfr. su questo e i seguenti frammenti interpretati dal GLÜCK, FRANCKE, op. cit. pag. 257 seg.

già confutato anche da *Ulrico HUBER* ⁸⁹⁾. Io, in parte a conferma della esposta interpretazione, in parte anche per la completa confutazione di quella inutile critica del *FABER*, voglio qui brevemente aggiungere come suoni il passo nei Basilici e come sia stato inteso dagli scoliasti di essi. Nei Basilici lib. 3) tit. 1 ⁹⁰⁾, il senso di quel passo è concepito così: Ο μὴ κινῶν, μίση το μέρος τοῦ κινουμένου, εἰ γὰρ εἴσι δύο παῖδες, ὁ εἰς γινῶν οὐκ ἀπαιτεῖ τῆν ὅλην κληρονομίαν, ἀλλὰ το ἕμμεν, cioè: *Qui non agit, minuit partem eius, qui agit, ut si sint duo filii, is, qui agit, solus non assem, sed semissem petit.* Lo scoliasta spiega questo passo così ⁹¹⁾: *Quoniam iam ante diximus legitimam portionem, relictam filio, excludere querelam, illud inde quaeri inspicique dignum est, an filius exheredatus, qui non queritur, partem faciat fratri? Hoc vero quid sit, ostendam apertius. Quidam habens duos filios, extraneum instituit heredem, filios exheredarit et uni filio reliquit octavam partem bonorum suorum, alteri nihil, hic vero filius, cui nihil reliquit pater, tacet, nec repudiat tamen querelam, alter, qui habet octavam partem ex voluntate testatoris, vult etiam habere alteram octavam, dicens fratrem suum exheredatum et tacentem pro mortuo haberi, et se solum superesse filium defuncti ac consequenter debere sibi integram portionem legitimam. Et haec eo dicente et allegante PAPINIANUS ait partem ei facere fratri, qui tacet non repudiandi animo, hoc est, partem simul cum illo habere, nec solum illum superesse videri, qui modo insurgit, nec debere ferre integram portionem legitimam. Partem vero facit fratri, adeo, ut cum nihil sibi reliquerit testator, et competat querela inofficiosi ad rescindendum testamentum, taceat vero ipse, et alter agat, ex parte tantum rescindatur testamentum.*

b) L. 19 D. h. t. dove PAOLO espone il seguente caso: *Mater decedens, extraneum de dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et obtinuit. Quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit? respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Itaque dici potest, eam, quae omisa est, etiamsi totam hereditatem ab intestato petat, et obtineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si al*

⁸⁹⁾ In *Eunomia Rom.* (Fraequeræ 1700) ad L. cit. 8 § 8 Dig. h. t. § 4 pagine 248.

⁹⁰⁾ Tom. V pag. 198.

⁹¹⁾ Tom. V pag. 239.

tera omisisset legitimam hereditatem. Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur, agendo de inofficioso. Praeterea dicendum est, non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit, et ideo ab extraneo semissem vindicandum: et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur: licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur. Caeterum si quis putaverit, filia obtinente, totum testamentum infirmari: dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem. Nec enim, quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi qui sciant ius suum eligentes id, quod putant sibi competere, non amittant: quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti, falsa opinione motus, amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare; cum, rescisso testamento, etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis.

Questo passo è un poco oscuro a causa dei molti motivi di dubbio che vi sono mescolati; se però si separano opportunamente dalla decisione della legge ogni oscurità scompare. Il caso è questo. Una madre aveva istituito nel suo testamento un estraneo per tre quarti e insieme una delle proprie figlie nella rimanente parte dell'eredità, aveva invece preterito l'altra figlia. Questa, che era stata esclusa, intentò la *querela inofficiosi* contro il testamento materno e vinse il processo. Sorse quindi la questione se l'attrice potesse arrogarsi la intera eredità. PAOLO decide la questione in questo modo che la figlia preterita avrebbe dovuto agir solamente per la parte della eredità che le sarebbe toccata se sua madre fosse morta senza testamento, cioè per la metà. Ma nel caso presente essa aveva, mediante la *querela*, annullato il testamento. Potrebbe quindi sembrare che quando essa chiede l'intera eredità *ab intestato*, questa non possa esser negata alla figlia preterita ⁹²⁾, perchè l'altra figlia istituita, nel testamento,

⁹²⁾ Che PAOLO supponga un caso in cui la figlia aveva agito per l'invalidazione di tutto il testamento, il che però non le competeva, è creduto anche dal CUIACIO ad h. L. e così dal FABER in *Rational.* ad h. L. e da *Luc. van de POLL*, *De exheredat. et praeterit.* cap. 78 § 17. Itaque pertanto equivale qui ad *atqui*.

accettando la sua quota d'eredità, sembra aver rinunciato alla successione legittima. A questa obiezione che il giurista fa a sè stesso, risponde tuttavia nel seguente modo. Non si può sostenere che nel caso presente sia stato reso nullo l'intero testamento, poichè la figlia preterita poteva intentare la querela soltanto contro l'estraneo istituito nel testamento, contro la propria sorella non aveva azione alcuna: riguardo a questa il testamento resta valido. Se sia dunque rescisso il testamento, come inofficioso, soltanto riguardo all'erede estraneo, anche la *causa intestato* non può verificarsi se non relativamente ai tre quarti dell'eredità, i quali nel testamento stesso eran stati lasciati all'erede estraneo. Perciò la figlia preterita non potrebbe pretendere l'intera eredità; neppure potrebbe pretendere il *doctrantem*, come se fosse unica erede intestata. Non si può infatti sostenere con qualche fondamento che l'altra sorella accettando la sua quota ereditaria in base al testamento, abbia rinunciato alla successione legittima. L'attrice pertanto non potrebbe ricevere del *doctrans*, che vien disputato all'erede estraneo testamentario, più del *semis*, che avrebbe ricevuto *ab intestato* sulla eredità materna. Il quarto rimanente dovrebbe esser rilasciato da lei alla propria sorella istituita, poichè omai il testamento sia stato annullato riguardo all'erede testamentario estraneo⁹³⁾. Infatti in ogni caso la figlia esclusa non potrebbe pretendere dall'erede testamentario estraneo più della metà dell'intera eredità, ossia quanto le sarebbe spettato *ab intestato*; si può quindi pienamente giustificare che l'altra metà dell'eredità venga attribuita alla figlia istituita⁹¹⁾. In tal guisa il testamento non è del tutto invalidato e la successione legittima si verifica soltanto *pro parte*.

Se anche, aggiunge PAOLO a maggiore conferma della sua asserzione,

⁹³⁾ Vedi POTHIER, *Pandect. Justin.* tom. I h. t. num. XXXIV nota 1 pag. 194.

⁹¹⁾ Le parole: *quasi semis totus ad hanc pertineat* sono quindi da riferirsi verosimilmente alla figlia istituita, come credo anche WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1042 pag. 777, e ciò è confermato pure dai Basilici lib. XXXIX tit. I tom. V pag. 201, dove la L. 19 h. t. secondo la versione del FABROT suona così: *Quaerit mulier habens duos filios, unum ex quadrante heredem scripsit, alterum praeterivit, et extraneum ex doctante. Praeterito est tantum actio in extraneum, per quam semissem recipit, atque ita refuncta, et ex testamento, et ab intestato heredem habet. Concurri enim cum eo, qui agit, frater, qui heres scriptus est, et percipit reliquum quadrantem.*

si volesse sostenere che, mediante la querela il testamento della defunta madre fosse stato del tutto invalidato, anche in questo caso la figlia preterita non avrebbe potuto pretendere più della metà dell'eredità materna non essendo essa unica erede legittima. Non si può infatti assolutamente sostenere che l'altra figlia istituita, per l'adizione dell'eredità in base al testamento, abbia rinunciato alla successione legittima. Non poteva infatti già da principio adire la eredità *ab intestato*, poichè vi era un testamento, che per parte sua non poteva impugnare; neppure poteva prevedere se sua sorella avrebbe vinto la lite e le sarebbe devoluta la eredità *ab intestato*. Chi dunque non si vale di un diritto, di cui non può valersi, non rinuncia ad esso; non si può dichiarare che l'abbia perduto, se poi gli viene concesso. Così, mi sembra, si può benissimo intendere questo difficile passo. Veramente il WESTPHAL⁹⁵) vuole imputare al buon PAOLO una grave colpa, perchè abbia attribuito all'attrice solo la metà dell'eredità materna; essa dovrebbe piuttosto ricevere i tre quarti, che furon lasciati all'*extraneus*. Infatti il testamento sarebbe solo in parte invalidato, cioè per la parte dell'estraneo; per la parte della figlia istituita resterebbe valido. Eppure questa deve ricevere più di ciò che le è accordato nel testamento. Come si concilia tutto questo? Ma WESTPHAL avrebbe soltanto dovuto rappresentarsi più esattamente il caso che PAOLO aveva dinanzi agli occhi. Il giurista romano parte dal principio del tutto esatto che la figlia preterita non può pretendere più di quello che avrebbe ricevuto *ab intestato* (*filia praeterita id vindicare debet quod, intestata matre, habitura esset*). Se pertanto la madre fosse morta senza testamento, le sarebbe spettata la metà dell'intera eredità. Essa poteva dunque agire solo per questa metà e, cioè, contro l'erede estraneo istituito nel testamento (*et ideo ab extraneo semissem vindicandum*). Contro la propria sorella istituita non poteva agire, poichè questa è pure un'erede legittima e dal testamento non ha ricevuto neppur ciò, cui ammonta la sua quota di successione legittima. La figlia istituita, per conseguenza, conserverà la sua quarta parte che le è stata lasciata nel testamento. Il testamento in queste circostanze non può esser del tutto annullato (*secundum quod non in totum*

⁹⁵) Loc. cit. pag. 775 seg.

testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur), ma propriamente soltanto *pro semisse*. Se pertanto il caso di cui parla PAOLO fosse stato deciso, secondo questa giusta veduta della cosa, dai giudici centumvirali, la restante parte del *doctrans* sarebbe dovuta rimanere all'erede testamentario estraneo, come anche del tutto esattamente osserva *Ant. FABER* ⁹⁷⁾, il quale, per un errato modo di considerare la cosa, è accusato dal *WESTPHAL* ⁹⁷⁾ di commettere errore. Ciò risponde infatti completamente allo spirito della decisione di PAOLO ⁹⁸⁾. Concorda in ciò anche l'interpretazione dello scoliaste dei Basilici ⁹⁹⁾, da cui io voglio citare a conferma soltanto le seguenti parole nella versione del *FABROT*: *Unde apparet, non in totum rescindi testamentum, sed PRO SEMISSE tantum matrem INTESTATAM fieri. Agit igitur filia praeterita PRO PARTE, et rescindit testamentum pro parte.*

ULPIANO e PAOLO pertanto son d'accordo in questo che quando un erede necessario preterito o diseredato intenta la querela in un caso nel quale vi sono pure altri eredi necessari preteriti, l'azione possa essere diretta soltanto a ciò che l'erede necessario escluso avrebbe ottenuto *ab intestato* e che in tal caso il testamento venga rescisso solo *pro parte*. Appunto ciò affermano, tra i moderni giureconsulti, anche *NOODT* ¹⁰⁰⁾, *STRUV* ¹⁾, *COCCEJI* ²⁾, *REUTER* ³⁾ e *HOFACKER* ⁴⁾. Lo stesso vale

2. pel caso che più autorizzati a intentar la querela s'incontrino in ciò. Anche qui di regola ciascuno può agire soltanto per la parte della eredità che avrebbe ricevuto *ab intestato* e soltanto dentro que-

⁹⁷⁾ *Rational.* in L. 19 D. h. t. tom. I pag. 167 dove egli dice: *Atque ita reliquus quadrans necesse est, ut ex eodem testamento remaneat penes extraneum ex doctante institutum: nec enim potest ei auferri sive per filiam praeteritam, quae de inofficioso egit et obtinuit quia non nisi pro semisse rescissum est testamentum, neque per filiam institutam, quia non fuit nisi ex doctante instituta.*

⁹⁸⁾ *Von Testamenten* § 1042 pag. 777.

⁹⁹⁾ Vedasi anche *SCHRADER*, *Commentar. de nexu succ. ab int. et querelae inoff. test.* § 65.

¹⁰⁰⁾ Tom. V pag. 250 in fine e seg.

¹⁰⁰⁾ *Commentar. ad Dig. h. t.* pag. 165 seg. (*Oper.* tom. II).

¹⁾ *Syntaxm. iur. civ.* Exerc. X Th. 23.

²⁾ *Ius civ. contror.* h. t. Qu. 16.

³⁾ *Diss. de effectu querelae inoff. testamenti — intuitu non querentis* § 40.

⁴⁾ *Princip. iur. civ.* tom. II § 1699.

sti limiti può presentare la sua domanda per la rescissione del testamento. Quando, per esempio, ha diseredato i suoi due figli e istituito erede un estraneo, ogni figlio può chiedere soltanto per la sua quota la rescissione del testamento ⁵⁾. Nondimeno ciò che l'attore non può raggiungere in persona propria, con la querela, lo ottiene talvolta mediante l'*ius accrescendi*, diritto che si verifica anche nella *querela inofficiosi*. Quando, cioè, vi sono più eredi necessari che hanno il più prossimo luogo nella successione intestata e nella querela perchè tu ti sono stati esclusi e l'uno o l'altro non vuole agire, perchè ha rinunciato a questo diritto o veramente aveva agito, ma non continua poi il processo e vi rinuncia, oppure ha perduto per prescrizione il suo diritto di agire, la sua parte accresce all'attore in guisa che egli può ora dirigere l'azione o all'intera eredità o per lo meno a ciò che avrebbe ottenuto *ab intestato* se l'altro che non agisce non fosse esistito ⁶⁾. Di questo diritto di accrescimento nella querela parlano le seguenti leggi del nostro codice romano.

a) L. 17 pr. D. h. t. Qui PAOLO dice: *Qui repudiantis animo, non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit is, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exhereditatis ageret, quia, rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic si obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum crediderint* ⁷⁾. Si supponga qui con PAOLO il caso

⁵⁾ Franc. CONNANUS in *Commentar. iuris civ.* tom. II lib. IX cap. 8 fol. 698 b. — Arn. VINNIUS *Select. iur. civ. Quaestion.* lib. I cap. 21 pag. 51 — HOFACKER, loc. cit. nota a e SCHRADER, cit. *Commentat.* § 67.

⁶⁾ Si confronti Thom. PAPILLONIUS *De iure accrescendi* (in Ev. OTTONIS *Thes. iuris Rom.* tom. IV pag. 777). — Ger. NOODT, *Commentar in Dig. h. t.* tom. II *Operum* pag. 165. — Ios. FERNANDEZ de RETES *Adversar. ad h. tit.* cap. XX § 8 (in Ger. MEERMANNI, *Thes. iur. civ. et canon.* tom. VI pag. 535). — Luc. van de POLL, *De exhered. et praeterit.* cap. LXXVIII. — Arn. VINNIUS, *Selectar. iuris Quaestion.* lib. I cap. 21 § *Pendet autem* pag. 51. — Sam. de COCCEJ, *Ius civ. controuv. h. t.* Qu. 18 circa fin. a verbis *De querela*, etc. tom. I pag. 461 edit. EMMINGHAUS e WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1025 pag. 760.

⁷⁾ Questo passo ha fatto sorgere sempre gravi difficoltà. Di PAOLO, che ne è l'autore,

che un padre abbia diseredato i suoi due figli e istituito erede un estraneo nel suo testamento: qui la querela compete ad ambedue i figli e ciascuno può agire per la metà dell'eredità. Ma l'un figlio avendo rinunciato al suo diritto di agire, l'altro può ora rivolgere la sua querela all'intera eredità, perchè gli spetta per accrescimento la parte del proprio fratello ⁷⁾. PAOLO fa veramente l'obiezione ⁷⁾ che mediante la rescissione del testamento subentra la successione legittima, alla quale il figlio che non agisce ha un eguale diritto. Potrebbe quindi sembrare che l'attore non potesse accampare alcuna fondata pretesa all'intera eredità. Ma il giurista risponde come il figlio che non agisce abbia omai rinunciato alla querela e se volesse quindi agire contro il proprio fratello per la sua quota legittima di eredità, questi gli potrebbe opporre a buon dritto la eccezione di avere a proprio favore una valida sentenza per la quale gli è stata attribuita l'intera eredità, non altrimenti che fosse l'unico erede intestato ⁸⁾. Vien nullameno certamente presupposto che al momento che il figlio attore promuoveva la querela per tutta intiera l'eredità fosse già certo che l'altro aveva rinunciato al suo diritto di agire, come anche danno a vedere chiaramente le parole *repudiantis animo*. Quando pertanto, prima che l'*exheredatus non querens* siasi dichiarato, il suo fratello avesse agito per l'intera eredità ed avesse anche accidentalmente vinto la lite, perchè l'erede testamentario non gli ha opposto su ciò alcuna eccezione, non potrebbesi adoperare contro l'altro la *exceptio rei iudi-*

⁷⁾ Poichè le parole: *quia, rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab int. vocatur*, — non recte vindicasset racchiudono semplicemente un motivo di dubbio e la parola *quia* è posta qui per *quavis*, come osserva POTHIER in *Pandect. Justin.* tom. I h. t. num. XXXIV nota *g* pag. 194.

⁸⁾ Era principio, seguito nella querela dai giudici centumvirali: chi non agisce sebbene avesse potuto farlo, è da riguardare come se affatto non esistesse. Vedi *Desid. HERALDUS De rerum iudicatar. auctoritate* lib. II cap. 14 5 (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* tom. II pag. 1226) e *Car. FRÜL. ZEPERNICK ad SICCAMAM, De iudicio centumvirali* lib. II cap. 6 nota *i* pag. 154.

diceva qui il FULGOSIO: « Si haberem eum in manibus, per capillos eum interrogarem ». E anche: « iste maledictus Paulus ita obscure semper loquitur ut vix possit intelligi ».

ⁱ⁾ Anche sul diritto di accrescimento nella querela è tuttora preferibile la dottrina sostenuta dal GLÜCK. Cfr. FRANCKE, op. cit. pag. 257 seg. e 298 seg. MÜHLENBRUCH, XXXV pag. 393 seg. e 399 seg. VANGEROW, § 480 Ann. 1.

catae quando chieda la sua quota d'eredità e in questo caso, secondo lo spirito della legge, gli riuscirebbe vantaggiosa la vittoria del querelante ⁹⁾.

b) L. 23 § 2 D. h. t.: *Si [duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerint, et unus postea constituit non agere, pars eius alteri accrescit. Itemque erit, etsi tempore exclusus sit.* Qui si fa parola degli altri due casi, in cui l'altro erede necessario, pure diseredato, abbia agito, ma lascia poi cadere il processo o in cui l'altro ha trascurato il termine legalmente stabilito per promuovere l'azione. Inoltre il passo dimostra come sia del tutto inesatto affermare con alcuni giureconsulti ¹⁰⁾, che nei casi presentati l'accrescimento non si verifichi per la *portio* del *non querens* così come piuttosto per la querela che gli spetta. Il PUFENDORF ¹¹⁾ ha già dimostrato in modo del tutto persuasivo che questa dottrina contraddice alle leggi e ad ogni analogia di diritto ^{k)}.

c) L. 16 pr. D. *eodem* dove PAPINIANO dice: *Filio qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte (cioè dimidia) ante egit et obtinuit filia, quae non egit, aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrat.* Qui si fa il caso che di tre figli, due siano stati esclusi e solo uno istituito erede. Se l'uno degli esclusi ha rinunciato alla sua azione o niente ha ottenuto con la sua querela, l'altro figlio diseredato *vi iuris accrescendi* può agire per la metà dell'intera eredità, poichè il figlio che non agisce o è respinto nella sua azione, o è considerato come se affatto non esistesse e per conseguenza non può accampare pretesa ad alcuna parte della successione legittima. Qui ha efficacia anche il motivo speciale che il testamento resta

⁹⁾ Concordano con me PAPILONIUS *De iure accrescendi*, loc. cit. pag. 777. — VINNIUS, loc. cit. e REUTER in *Diss. de effectu querelae inoff. testam. intuitu non querentis* § 44 in nota pag. 45 seg.

¹⁰⁾ Per esempio, Luc. van de POLL, *De Exheredat. et praeterit.* cap. LXXVIII §§ 8 e 9. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1700 e SCHRADER, in *Comm.* spesso cit. § 83.

¹¹⁾ *Observation. iur. univ.* tom. II obs. 9 § 9.

^{k)} Tuttavia è stata nuovamente accolta dal MÜHLENBRUCH, XXXV pag. 393 seg. e 399 seg., ma viene generalmente rigettata. Cfr. i citati in VANGEROW, l. c.

in vigore riguardo al figlio istituito, perchè il fratello preterito aveva intentato soltanto la *hereditatis petitio de inofficioso partiaria*. In questo caso la vincita della lite non riesce vantaggiosa agli altri eredi legittimi. Nel caso deciso da PAPIANO il figlio preterito non poteva agire per le otto parti dell'eredità, perchè altrimenti con la querela avrebbe ottenuto più di ciò che gli spetta *ab intestato* ¹²⁾.

3. Se insieme all'erede necessario escluso ve ne siano altri che hanno eguale diritto alla querela (per esempio, concorrono ascendenti con fratelli e sorelle germani, che tutti sono esclusi nel testamento, ovvero il testatore ha istituito nel testamento una persona turpe e lascia come suoi eredi legittimi un fratello germano e il figlio di un fratello germano defunto), qui pure, secondo l'analogia di diritto, può aver luogo soltanto la *hereditatis petitio de inofficioso partiaria*. Infatti niuno può pretendere e ottenere con la querela più della sua quota di eredità *ab intestato* ¹³⁾. Un *ius accrescendi* non si verifica qui; la rimanente parte dell'eredità resterà perciò all'erede istituito ¹⁴⁾.

II. Un secondo caso principale, poichè con la querela il testamento vien rescisso soltanto *pro parte*, è quando vi siano più eredi testamentari e solo riguardo ad uno il testamento debbasi considerare inofficioso, non riguardo all'altro. Quindi, per esempio, se il testatore lascia come suoi eredi legittimi soltanto fratelli e sorelle germani e, facendo la preterizione di questi, abbia nominato eredi due estranei, di cui l'uno soltanto è una persona infame, l'altro una persona onesta, i germani preteriti possono agire solamente contro l'erede turpe e ottenere con la querela ciò che ad esso il testatore ha voluto lasciare, in quanto sarebbe loro spettato *ab intestato*, poichè invece riguardo all'erede onorevole il testamento conserva la sua validità ¹⁵⁾. D'ordinario s'intende relativa a questo caso la L. 24 D. h. t. dove ULPIANO

¹²⁾ Si confronti REUTER, *Diss. cit.* § 40 in nota pag. 41. — Io. van MUYDER in *Compend. Pandect. h. t.* § 3. — POTHIER in *Pand. Iustinian. h. t. num. XL* nota 7 tom. I pag. 196 e SCHRADER, *Commentat. cit.* § 84.

¹³⁾ SCHRADER, *cit. Commentat.* §§ 68, 76 e 77.

¹⁴⁾ HUBER, *Praelection. iur. civ. ad Pand. h. t.* §§ 10 e 11. — Bern. SCHOTANUS *Exam. iurid. h. t.* pag. 269 seg. e STRUV, *Syntagm. iur. civ. Exerc. X* § 23 in fine.

¹⁵⁾ MÜLLER ad STRUVIUM, *Exerc. X* § 23 nota a. — REUTER, *cit. Diss.* § 41. WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1040. — BOOK, *Lehre von der Enterbung* § 16 p. 52.

dice: *Circa inofficiosi querelam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. Quid enim si, fratre agente, heredes scripti diversi iuris fuerunt? Quod si fuerit; pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur* ¹⁶). Ma siccome non si può sostenere che le norme giuridiche statuite dall'imperatore COSTANTINO nella L. 27 C. h. t. per la querela dei collaterali, fossero già cognite prima di lui, altri (se con *Ant. FABEE* ¹⁷) non vogliansi ascrivere le parole *Quidem enim diversi iuris fuerunt* a TRIBONIANO o ad altro interprete, al che tuttavia i Basilici ¹⁸) contrastano) intendono questa legge piuttosto per un caso in cui taluno abbia preterito il suo fratello emancipato, ma istituito eredi gli altri che erano tuttora sotto la patria potestà ¹⁹), ovvero in cui l'uno erede istituito sia un *municeps*, l'altro invece un *extraneus* ²⁰). Sia come vuolsi, la L. 27 C. h. t. offre almeno oggigiorno il più adattato esempio per spiegare la citata L. 24. PAPINIANO nella L. 15 § 2 D. h. t. ha un altro caso che qui si collega. *Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias iudicum tulit; et unum vicit, ab altero superatus est: et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere. Verum enim est familiae eriscundae iudicium competere: quia credimus, cum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.* Ma questo passo è già stato spiegato sopra ²¹).

Scaturisce di qui l'importante differenza che si verifica secondochè la querela è intentata da genitori e figli o da fratelli e sorelle. I

¹⁶) Vedi CYRILLUS negli scolii dei *Basilici* tom. V pag. 255. — POTHIER in *Pand. Iustinian.* h. t. num. XXXIX nota k tom. I pag. 195. — *Io. van de WATER, Observat. iur. rom.* lib. I cap. 12.

¹⁷) *Rational.* ad L. 24 D. h. t. nota a.

¹⁸) Lib. XXXIX tit. I L. 24 tom. V pag. 203, dove la L. 24, secondo la versione del FABROT, suona così: *Plerumque circa querelam inofficiosi testamenti diversae sententiae proferuntur, ut cum frater agit contra heredes scriptos diversi iuris. Et ita evenit, ut defunctus heredem habeat ex testamento et ab intestato.*

¹⁹) Come *Io. Wilh. MARCKART* in *Interpretat. receptarum iuris cir. lection.* lib. I cap. 14 pag. 92.

²⁰) *Luc. van de POLL, De exheredit. et praeterit.* cap. LXI § 2 seg.

²¹) Vedi § 551 pag. 309 (Ediz. ital. pag. 578-579).

primi agiscono per la parte dell'eredità che sarebbe spettata loro *ab intestato*, i secondi non possono pretendere più di ciò che è stato lasciato allo *heres turpis* ²²⁾. Ora sorge pure il dubbio se quando con un fratello germano concorra il figlio di un defunto fratello germano, il primo debba dividere col secondo la parte dell'eredità che gli deve cedere lo *heres turpis*. Si supponga che all'infame sia stata lasciata la metà dell'eredità. Siccome qui al fratello germano spetta la metà dell'eredità *ab intestato*, si domanda se il fratello del defunto possa trattenere da solo questa metà che ha ottenuto con la querela o debba dividerla col figlio del fratello. Questo è giusto che se il fratello defunto viveva ancora, ambedue, purchè l'uno o l'altro non avesse rinunciato alla sua azione, avrebbero dovuto dividere fra loro il *semisses*. Ma non dovrà spettare il diritto di rappresentazione al figlio del defunto? No: nella querela non ha luogo questo diritto. Il fratello conserverà egli solo l'intera eredità tanto più che il figlio del fratello non ha neppure diritto d'intentar la querela ²³⁾.

Finalmente

III. si può anche supporre il caso che taluno il quale propriamente non ha alcun diritto alla querela, perchè lo precedono più prossimi eredi legittimi, tuttavia *de facto* sia stato ammesso, per un errore del giudice, ad esercitare la querela. Se egli ha ottenuto contro uno degli eredi istituiti una rescissione *pro parte* del testamento, questo resta valido riguardo all'altro coerede, contro cui egli non ha agito e quindi gli eredi legittimi che precedono l'attore non pervengono alla successione; ma il querelante, dal momento che ha a suo favore una sentenza valida, non ha agito invano. Questo è il caso che fa ULPIANO L. 25 § 1 D. h. t. *Si quis cum non possit de inofficioso queri ad querelam admissus, pro parte rescindere testamentum tentet: et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat: dicendum est, quia testamentum pro parte valet, et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querelam instituisse* ²⁴⁾.

²²⁾ Si confronti *De Coccei* in *Ius cir. contror.* h. t. Qu. 16 verb. *Notandum autem*, etc.

²³⁾ Vedi SCHRADER cit. *Comment. de nexu succ. ab int. et querelae inoff. testament.* § 80.

²⁴⁾ POTHIER, *Pandect. Justin.* h. t. num. XL. not. a-c tom. I pag. 196. — REUTER, cit. *Diss.* § 40.

In tutti questi casi, siccome il testamento è rescisso soltanto *pro parte*, accade che *defunctus pro parte testatus et pro parte intestatus decessisse videatur*, come ciò vien notato anche nella citata L. 24 D. h. t. Ma ciò non contraddice tuttavia in alcun modo a quella nota regola ²⁵⁾ secondo cui quel fatto propriamente non deve accadere, vietando essa soltanto che un *paganus* faccia un testamento sopra una parte del suo patrimonio ²⁶⁾. È più esatto quindi di concepire la regola secondo TRIFONINO ²⁷⁾ (tolto il quale, come CUIACIO ²⁸⁾ a ragione osserva, niun altro giurista romano si è così precisamente espresso) nel seguente modo: *ut nullus paganus* (un soldato ²⁹⁾ infatti non è vincolato a ciò) *ab INITIO quidem pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit, sed tamen ex POST FACTO, scilicet auctoritate sententiae iudicis* ³⁰⁾ ¹⁾. Quindi a questo proposito anche PAPINIANO ³¹⁾ poteva dire a ragione: *Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.*

§ 558.

Efficacia dell'azione d'inofficiosità m).

Riguardo alla efficacia dell'azione d'inofficiosità si deve considerare se, mediante questa, il testamento venga rescisso totalmente o parzialmente.

²⁵⁾ L. 7 D. *de reg. iur.*

²⁶⁾ WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1041 pag. 774.

²⁷⁾ L. 19 § 2 D. *de castrensi peculio* [49, 17]. Conf. Christ. RAU, *Diss. de Claudio TRYPHONINO, I Cto Rom.* (Lipsiae 1768) § VII.

²⁸⁾ Ad L. 7 D. *de reg. iur.*

²⁹⁾ § 5 I. *de heredit. inst.*

³⁰⁾ Vedasi qui Ios. Fern. de RETES, *Opuscul lib. V de castrensi peculio cap. 4 numeri 4 e 5* (in MEERMANNI, *Thesaur. iur. civ. et canon.* tom. VI pag. 253) e specialmente Hugo DONELLUS in *Commentar. iur. civ.* lib. XIX cap. 10.

³¹⁾ L. 15 § 2 D. h. t.

l) Questa infatti è la migliore espressione di quel principio romano, che per la *querela inofficiosi testamenti* e la *b. p. contra tabulas* ricevette le sue principali restrizioni. Pel *testamentum militis* fu fatta sempre eccezione a quel principio (§ 5 in f. I. *de her. inst.* 2, 14). Ma rimase sempre ferma la massima che per lo meno il testatore stesso non poteva *parzialmente* rilasciare alla legge la vocazione all'eredità. BRINZ, III § 381 pag. 124.

m) Cfr. FRANCKE, op. cit. § 23, VANGEROW, § 479. UNZNER, op. cit., § 5.

I. Se il testamento venga rescisso con la querela soltanto *pro parte*, si verifica una successione mista ³²⁾, cioè:

1. la successione legittima. Tuttavia questa ha luogo soltanto riguardo al petente, in modo che riceve o la parte dell'eredità che avrebbe ottenuto *ab intestato* o si fa cedere la parte di quell'erede testamentario, per la cui istituzione il testamento divenne inofficioso. Leggi ³³⁾ e giureconsulti ³⁴⁾ concordano fra loro in questo che la vittoria dell'attore non possa recar vantaggio altro che a lui, quando anche, oltre di esso, vi siano pure altri i quali abbiano un eguale diritto alla successione legittima.

2. La successione testamentaria si verifica riguardo a quella parte dell'eredità che conserva l'erede istituito nel testamento. Siccome qui il testamento rimane valido in quanto non è stato rescisso, così paga ognuno, l'attore e l'erede testamentario, i debiti in proporzione della sua quota ³⁵⁾. Riguardo ai legati si considera se l'azione sia intentata da un fratello preterito contro una persona turpe istituita erede accanto ad una persona onorevole o da un figlio o da un ascendente escluso dal defunto. Nel primo caso, cadono i legati in quanto il testamento è stato rescisso ³⁶⁾; tale norma non fu mai modificata riguardo ai collaterali e dee quindi valere oggi pure ³⁷⁾. Nel secondo caso i legati debbono essere soddisfatti anche dall'attore vittorioso,

³²⁾ DONELLUS loc. cit. pag. 1102. — *Ant. FABER, De Errorib. Pragmaticor.* Dec. XXVII art. 2. — SCHIFORDEGHER ad *Ant. FABRUM*, lib. III Quaest. 3 pag. 232. Di altra opinione è BOOK nella *Lehre von der Enterbung* § 16 pagina 45 seg.

³³⁾ L. 16, L. 19, L. 25 § ult. D. h. t., L. 13 C. *eadem*.

³⁴⁾ *Ger. NOODT, Commentar.* ad h. tit. *Dig.* tom. II *Operum* pag. 164. — HILLIGERUS ad DONELLUM, lib. XIX cap. 10. — *Luc. van de POLL, De exheredat. et praeter.* cap. LXXXI. — REUTER, *Diss. de effectu querelae inoff. test. intuitu non querentis* § 40. — SCHRADER, *Comment. de nezu successione ab int. et querelae inoff. testam.* § 99. — GAMBSJAEGER, *Diss. de testamento in genere, in specie inofficioso* pag. IV § 8 pag. 69.

³⁵⁾ L. 15 § 2 D. h. t.

³⁶⁾ L. 76 pr. D. *de legat.* II (31), L. 11 § 2 D. *ad Leg. Falcid.* [35, 2], L. 13 Cod. *de inoff. test.* V. *de RETES* in *Advers. de inofficioso testam.* cap. XXI § 4 (in *Thes. MEERMANN*, tom. VI pag. 537) e WESTPHALS *Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen* § 704 e § 1358.

³⁷⁾ MÜLLER, *Observat. pract. ad LEYSERUM*, tom. I fasc. 2 obs. 223. — BOOK, *Lehre von der Enterbung* § 16 pag. 44.

in proporzione della sua quota, nondimeno in modo che gli resti la legittima. Infatti conforme alla Novella 115 i legati restano validi anche quando il testamento è pienamente annullato in base alla querela.

II. Se invece il testamento è del tutto rescisso con la querela, la cosa

1. riguardo all'erede istituito vien considerata come se la eredità non fosse affatto stata adita ³⁸⁾. Questo è il caso in cui la regola *qui semel heres extitit, non potest desinere heres esse* ³⁹⁾ soffre un'eccezione ⁴⁰⁾. La conseguenza di ciò per la parte dell'erede è che nuovamente cessa la *confusio nominum* sorta per l'adizione dell'eredità e l'erede istituito può pretendere ora dall'attore ciò che il defunto gli doveva ⁴¹⁾. Se l'attore domanda all'erede qualche cosa che questi doveva al defunto, l'erede può defalcare ciò che egli stesso aveva da chiedere al defunto o all'avversario ⁴²⁾.

2. Riguardo all'attore vittorioso si verifica la pura successione legittima. Ciò non fa sorgere alcun dubbio quando non solo spettava effettivamente la querela al vincitore, ma egli è in pari tempo unico erede legittimo. Eppure l'effetto si verifica anche quando l'attore che

³⁸⁾ L. 21 § 2 D. h. t.: *Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum, qui superavit, competere et compensationem debiti.*

³⁹⁾ L. 88 D. de heredib. instil. [28, 5].

⁴⁰⁾ *Casp. SCHIFFORDEGHER ad Ant. FABRUM, lib. III Tract. XIX Qu. 2 dice: Utique adscribendum est iuris impotentiae, quod victus heres per querelam inofficiosi desinat heres esse. Et vero legem facere non posse, ut hereditas habeatur pro non adita, quae revera fuit adita, inde constat, quod ex interpretatione prudentum ex qua inducta est querela inofficiosi factum sit, ut evicta hereditate per inofficiosi querelam, perinde omnia observari oporteat, ac si hereditas adita non fuisset. Quorsum enim opus fuit eiusmodi interpretatione, si lex facere potuisset, ut hereditas haberetur pro non aditaque revera fuerit adita?*

⁴¹⁾ L. 22 C. h. t.: *Si maritus tuus facto testamento te quidem ex asse scripsit heredem: filia autem, quam habuit in potestate, exheredata iure facta minime perhibetur; nihilque ei relictum est, neque iustas offensae causas praestitisse expresse convincitur: eam de inofficioso patris testamento querentem, totam hereditatem obtinere posse, non ambigitur. Quod si iam obtinuit, vel post evincat: quodcumque maritus mortis suae tempore debuisse tibi perhibetur, id ab ea reddi oportet.*

⁴²⁾ Vedi WESTPHALS *Theorie des R. R. von Testamenten* § 580 e § 1049.

ha vinto la lite, non è neppure il più prossimo erede legittimo o per lo meno non è il solo e per conseguenza o non aveva affatto alcun diritto alla querela o almeno non poteva agire per l'intera eredità, ma la querela gli competeva soltanto come parziale ⁴³). Soltanto, nel primo caso niente giova all'attore la vincita della lite; colui, che è il più prossimo erede legittimo, domanderà a ragione che gli sia retrocessa l'eredità, perchè l'intero testamento omai è stato rescisso ed ora ha luogo la successione intestata. Ciò è conforme alla chiara L. 6 § 1 D. h. t. dove ULPIANO dice: *Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, et casu obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem. Nam intestatum patrem familias facit* ⁴⁴). Si supponga pertanto che un *frater consanguineus* abbia intentato col miglior successo la universale querela d'inofficiosità contro un turpe erede testamentario; vi è nondimeno un figlio di un defunto fratello germano, che ha la preferenza su quello nella successione intestata. Qui niente giova all'attore la vittoria nel processo, ma deve restituire l'eredità al figlio del fratello ⁴⁵). Non vi è nulladimeno alcun dubbio ⁴⁶) che in tal caso il più prossimo erede intestato debba indennizzare il vincitore per le spese processuali.

Invece nell'altro caso sopra configurato, siccome è stata ammessa una querela universale, mentre al vincitore ne competeva soltanto una parziale, si verifica la successione intestata in modo che con l'attore vengono alla successione anche tutti coloro, i quali non hanno preso parte al processo, ma a cui spetta un diritto di successione legittima pari a quello dell'attore, posto anche che per la loro persona non avessero potuto intentare querela alcuna. Per questa opinione stanno teoria e pratica ⁴⁷). GIUSTINIANO dice espressamente

⁴³) Vedasi specialmente *Huy. DONELLI, Commentar. iuris civ. lib. XIX cap. 10 pag. 1103.*

⁴⁴) Vedasi sopra questo passo § 543 pag. 3 (Ed. it. pag. 355).

⁴⁵) SCHRADER, cit. *Commentat.* § 102. — STEIN, *Von pflichtidrigen Testamenten* § 39 pag. 171.

⁴⁶) WERNER, *Observat. for.* tom. I parte I obs. 270 num. 8. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte 2 § 818 pag. 221.

⁴⁷) Vedasi qui specialmente il signor can. KOCH, *Diss. quatenus testator per querelam inofficiosi reddatur intestatus?* dopo il suo *Tr. de success. ab int.* n. 1.

nella Novella 115 cap. 4: *Sed, rescisso testamento, eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus*, ovvero come HOMBERGK meglio ha tradotto: *Sed, everso testamento, heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus, isque res illius dari sancimus* ⁴⁵⁾.

I. Quando fra più eredi necessari ingiustamente esclusi l'uno, che avrebbe potuto agire soltanto per la sua quota di eredità *ab intestato*, ha intentato la universale azione d'inofficio e ottenuto la rescissione dell'intero testamento, sebbene l'altro non avesse ripudiato la querela. Per esempio, il padre ha diseredato ingiustamente ambedue i suoi figli, che sarebbero stati i suoi soli eredi legittimi. L'uno nell'assenza dell'altro, che ritenne morto, ha promosso la universale querela contro l'erede testamentario e vinto la lite. Ciò che in questo caso l'attore ha ottenuto deve dividerlo con suo fratello ⁴⁶⁾.

II. Quando concorrano genitori e fratelli e sorelle germani, tutti preteriti dal defunto nel suo testamento e i primi abbiano agito per la rescissione del testamento, la vincita della lite ridonda a vantaggio anche dei collaterali, perchè questi, secondo la Novella 115 cap. 2, hanno un diritto di successione legittima pari a quello dei genitori, sebbene ad essi non spettasse la querela nel caso presente.

III. Quando vi siano fratelli e sorelle unilaterali di varia origine, di cui l'uno è un *frater consanguineus*, l'altro un *frater uterinus* e il defunto abbia istituito nel testamento una persona sconveniente, la vittoria del fratello che ha agito per la rescissione di tutto il testamento è vantaggiosa anche all'altro fratello per modo che questi ora coeredita *ab intestato*, sebbene non avesse alcun diritto alla querela. Finalmente

IV. quando fratelli e sorelle germani concorrono con figli di germani, ereditano i secondi coi primi *ab intestato*, qualora questi abbiano promosso con felice successo la querela universale d'inofficio. Infatti in tutti questi casi la querela spettava al vincitore soltanto come parziale, perchè, secondo chiare leggi, che sopra furono citate e

⁴⁵⁾ Nel testo greco le parole suonano così: *ἀλλὰ ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευταίου κληρονομίαν καλοῦμεν, καὶ πρὸς αὐτοὺς τὰ ἐκείνου πράγματα διδοῦναι διατυπούμεν.*

⁴⁶⁾ Vedi DONELLUS in *Commentar. iuris. civ.* lib. XIX cap. 10 pag. 1103. — POTHIER, *Pandect. Iustinian.* h. t. num. XL nota f. tom. I pag. 196.

dichiarate, niuno può ottenere con la querela più della sua porzione *ab intestato*.

Nondimeno potrebbesi obiettare in contrario che secondo la Novella 115 non si possa opportunamente accogliere più una *querela inofficiosi partiarum*, che quindi l'efficacia della querela pei figli e genitori sia sempre la stessa, cioè che la istituzione d'erede cada assolutamente e subentri la pura successione legittima. Anche diversi giureconsulti ⁵⁰⁾ affermano ciò. E questa opinione sembrano specialmente favorire le parole alla fine del cap. 3 della Novella 115: *sed, quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento infirmato, ad hereditatem parentum liberi ab intestato aequis partibus veniant* e le parole in fine del cap. 4, che suonano così: *verso testamento, heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus, isque res illius dari sancimus*. Ma siccome non si può credere che GIUSTINIANO abbia voluto abolire con la Novella 115 i molti passi sopra spiegati delle Pandette e del Codice ⁵¹⁾, i quali trattano della *hereditatis petitio partiarum*, senza far di ciò una parola, secondo una razionale interpretazione devesi supporre un caso, in cui l'azione universale d'inofficiosità o è stata promossa da tutti i figli diseredati o dai genitori o da uno dei diseredati senza che gli altri avessero rinunciato al diritto di agire ⁵²⁾.

Del resto quanto più sono chiare le parole della Novella, tanto più ci si deve maravigliare che vari giureconsulti siano, nullameno, d'avviso che in ogni caso la vittoria della querela giovi soltanto all'attore vittorioso ⁵³⁾, o per lo meno sia vantaggiosa soltanto per coloro, i quali non hanno solamente un diritto di successione legittima pari a quello dell'attore, ma anche un eguale diritto alla querela ⁵⁴⁾.

⁵⁰⁾ Vedi *Ferd. Aug. HOMMEL, Diss. de victoria querelae tertio proficua* (Lipsiae 1769) §§ 12 e 13. — KOCH, cit. *Diss.* pag. 197. — *Chr. Frid. Bern. FUNK, Comment. in contror. iur. civ. de nexu inter successionem ab int. et querelam inoff. testam.* (Goett. 1802) § 31 e BOOK, *Lehre von der Enterbung* § 26 pag. 91 seg.

⁵¹⁾ L. 8 § 8, L. 16, L. 19, L. 25 § 1, L. 27 § 3 D. h. t., L. 13 C. eodem.

⁵²⁾ SCHRADER, cit. *Commentat.* § 73.

⁵³⁾ Come per esempio, *Utr. HUBER in Praelect. iur. Rom.* tom. II h. t. § 9. — *Ant. SCHULTING, Thes. controrvers.* Dec. XVI §§ 1 e 2 e *Io. Ortz. WESTENBERG in Princ. iuris sec. ord. Dig.* h. t. § 27.

⁵⁴⁾ NOODT in *Commentar. ad Dig.* h. t. tom. II *Oper.* pag. 164. — *Guil. RANCHINUS in Tract. de success. ab intest.* cap. XVII § 3. — *VORT in Comm. ad*

Si riferiscono generalmente alla regola: *quod res inter alios iudicata aliis neque praeiudicet, neque prosit* ⁵⁵⁾. Ma, senza ricordare che questa regola soffre alcune eccezioni ⁵⁶⁾, non si è pensato che, nel caso presente, per una necessaria conseguenza accade che altri pure, i quali non hanno preso parte al processo intorno alla inofficiosità del testamento, ma hanno un diritto di successione intestata pari a quello dell'attore, giungono ora con lui alla successione quando il testamento intiero è rescisso come inofficioso. Così infatti le cose tornano in tale stato come se il testatore fosse morto senza testamento, secondo che *Luca van de POLL* ⁵⁷⁾ molto giustamente ha osservato. Non vi può quindi esser più questione su quegli cui spetti la querela, ma su chi concorra alla successione intestata, semprechè non abbia rinunciato al suo diritto. Non si obietti che, non ostante ciò e secondo la Novella 115, i legati restano validi, poichè questi non appartengono alla sostanza del testamento, ma essa consiste assolutamente nella istituzione di erede, la quale viene annullata per mezzo della querela. Tanto meno poi possono impedire la successione legittima, essendo lecito di lasciarli anche in *codicillis ab intestato*. La debolezza degli argomenti salta agli occhi; quindi la nostra opinione ha a suo favore l'accoglienza della maggior parte dei giureconsulti teoretici e pratici ⁵⁸⁾.

3. Riguardo ai legati e alle altre disposizioni che, oltre la istituzione di erede, son contenute nel testamento, è

a) fuor di dubbio che quando l'azione sia promossa da figli o

Pand. h. t. § 11. — *STRUV, Syntagn. iur. civ. Exercit. X Th. 24* e *WESTPHAL* nella *Theorie des R. R. von Testamenten* § 1026.

⁵⁵⁾ *L. 63 D. de re iudicat.* [42, 1].

⁵⁶⁾ Vedasi l'*Archiv für die theoret. und. pract. Rechtsgelehrsamkeit* edito da *HAGEMANN* e *GÜNTHER*, parte 4 num. I pag. 5 seg.

⁵⁷⁾ *De exheredit. et praeterit.* cap. LXXXI § 9.

⁵⁸⁾ *LAUTERBACH, Colleg. th. pract. Pand. h. t. § 20.* — *Io. Ballh. L. B. a WERNIER, Select. Observ. for.* tom. I parte I obs. 270. — *De COCCEJI, Ius civ. controv. h. t. Qu. 15* e ad eundem *EMMINGHAUS* nota *w e z.* — *REUTER, Diss. de effectu querelae inoff. testam. intuitu non querentis* § 49. — *Io. Frid. BOECKELMANN, Exercit. ad Pandect. h. t. § 7* pag. 376. — *HOFACKER, Princ. iur. civ. tom. II § 1701.* — *HAUBOLD* ad *BERGERI, Oeconom. iur. lib. II tit. IV Th. XVII* nota *y* pag. 406. — *MALBLANC, Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. tom. III § 698.* — *GAMBSJAEGER, Diss. de testam. inofficioso* parte IV § 8 ed altri.

genitori, esse, conforme al disposto della Novella 115, restano valide, come le parole già riferite in un'altra occasione (pag. 589) chiaramente dimostrano. La cosa è controversa soltanto riguardo alla sostituzione pupillare, come anche è già stato osservato sopra (pag. 588). RICHTER⁵⁹⁾, REINOLD⁶⁰⁾, MADIHN⁶¹⁾ e HOMMEL⁶²⁾ sostengono che cada insieme alla istituzione di erede, poichè non possa esser valida nessuna sostituzione, la quale è una specie di istituzione di erede, quando venga meno la *heredis institutio prima* ed espressamente sia detto della sostituzione pupillare, essere questa: *pars et sequela testamenti paterni*, la quale per sè non sussista senza il testamento paterno⁶³⁾. Ma senza ripeter qui ciò che ho detto altrove (pag. 587, nota 10) per confutare questa opinione, voglio soltanto osservare ancora con pochi che fra la sostituzione pupillare e il testamento paterno non intercede un nesso così necessario che la prima debba assolutamente cadere insieme col secondo. Si ricordi infatti che la sostituzione pupillare restava già valida secondo le leggi delle Pandette quando il testamento paterno veniva rescisso con la *bonorum possessio contra tabulas* (pagina 580). Essa perdeva bensì la sua validità quando il testamento veniva annullato per mezzo dell'antica querela, ma ne era motivo il pretesto, di cui dovevasi servire l'attore, che, cioè, il testatore non fosse sano di mente. Questo pretesto veniva meno, come il VINNIUS⁶¹⁾ in tutto giustamente osserva, nella *bonorum possessio contra tabulas*. In base alla Novella 115 non ha più luogo neppure nella querela dei figli e degli ascendenti (pag. 658). Come si può dunque negare ancora che secondo la Novella la istituzione pupillare resti valida dal momento che GIUSTINIANO espressamente dice che il testamento deve valere come non rescisso in tutti i rimanenti punti che vi sono contenuti, oltre la inofficiosa istituzione d'erede?⁶⁵⁾.

⁵⁹⁾ In *Exposit. omnium Authenticar. Codici Iust. insertar.* pag. 238 num. 28.

⁶⁰⁾ In *Opuscul. a IUGLERO edit.* pag. 354.

⁶¹⁾ In *Opusc. vicissitudines substitutionis exemplaris eiusque veram indolem continente* (Hallac 1775, 4) § 43 e ad MENCKEN, *Introduct. in doctr. de actionib. for.* nota 1180 pag. 369.

⁶²⁾ *Diss. de differentiis inter querelam inofficiosi quae parentibus, et quae fratribus competit.* § 11.

⁶³⁾ § 5 I. *de pup. subst.* [2, 16].

⁶⁴⁾ *Commentar. ad cit.* § 5 I. *de pupill. substit.* numeri 3 e 4.

⁶⁵⁾ Vedasi anche *Vigl. ZUCHEMUS in Commentar in decem titulos Institution.*

b) Se invece la querela sia promossa da fratelli e sorelle, è questione molto controversa fra i giureconsulti se anche qui restino validi i legati e fidecommissi o non piuttosto cadano insieme alla istituzione di erede. Molti affermano la prima ipotesi, nondimeno per motivi molto diversi. Alcuni ⁶⁶⁾ si richiamano assolutamente all'Auth. *ex causa, C. de liberis praeterit. vel exheredat.* [6, 28] nella quale dicesi, senza distinguere: *Ex causa exheredationis vel praeteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones; caetera namque firma permanent.* Altri ⁶⁷⁾ credono che l'argomento della Novella 115 non convenga ai collaterali, poichè sia da ritenersi propriamente come inofficiosa la istituzione di erede, non i legati. Altri ⁶⁸⁾ dicono anzi che la Novella 115 debbasi estendere ai fratelli e alle sorelle, sebbene non ve ne sia fatta alcuna menzione, perchè sarebbe in sommo grado assurdo e inconsequente favorire nella querela più i fratelli e le sorelle che i figli e i genitori, poichè ai primi la querela spetti solo ipoteticamente e anche per il resto fra i titolari dell'eredità debbano tener dietro ai secondi. Finalmente alcuni ⁶⁹⁾ dubitano tuttora in generale se giusta il precedente diritto i legati avessero a perdere la loro validità, quando il testamento veniva impugnato dai fratelli e dalle sorelle con la querela d'inofficiosità, poichè tutti i testi del precedente diritto ⁷⁰⁾ parlassero soltanto di testamenti dei genitori e dei figli, neppur uno dei collaterali. Inoltre sarebbe del tutto conforme

iuris civ. ad § 5 I. de pupill. substitut. pag. 152. — Ios. FINESTRES Praelect. Cervar. de vulgari et pupillari substitutione parte III cap. 5 § 49 e DONELLUS in Commentar. iur. civ. lib. VI cap. 25 pag. 273 in fine.

⁶⁶⁾ DONELLUS in *Commentar. iur. civ. lib. XIX cap. X pag. 1104. — RICHTER in Expositio omn. Authenticar. ad Auth. Ex causa cit. pag. 111. — GUDELINUS De iure novissimo lib. II cap. 7 pag. 69.*

⁶⁷⁾ PEREZ in *Praelect. ad Cod. h. t. numeri 21 e 22. — FRANTZKIUS in Comment. ad Dig. h. t. num. 84. — STRUV, Syntagm. iur. civ. Ex. X Th. 22.*

⁶⁸⁾ VOET in *Comm. ad Pandect. h. t. § 13. — De COCCEJI, Ius civ. controuv. h. t. Qu. 11. — WESTPHAL, Theorie des R. R. von Testamenten § 507 e § 1043. — Io. El. VOELCKER in Diss. de transitu querelae inoff. testam. ad heredes praef. Car. Frid. WALCHIA def. (Jenae 1771) § VI pag. 9. — Carl. Frid. PAELICKE, de erroribus quibusdam circa querelam inoff. testam. (Helmstadii 1763) Err. XII e Mich. Cod. WERNHER, in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. § 18.*

⁶⁹⁾ Io. God. BAUER in *Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis § 20.*

⁷⁰⁾ L. 8 § 16, L. 13, L. 28 D. h. t., L. 13 C. eodem.

all'analogia di diritto che l'accessorio non venga meno insieme alla cosa principale, se possa sussistere di per sè; tale sarebbe appunto il caso pei legati, come quelli che sarebbero validi anche *ab intestato* ⁷¹⁾. Questa opinione, stando alla testimonianza di più giureconsulti ⁷²⁾, deve essere accolta anche nella pratica.

Ma l'opposta opinione, la quale vien difesa dalla maggior parte dei giureconsulti ⁷³⁾, che nella querela dei fratelli e delle sorelle valga il precedente diritto e quindi cadano i legati insieme alla istituzione di erede, ha a suo favore i più importanti argomenti. Infatti

1. La Novella 115 parla espressamente soltanto di figli e genitori: di collaterali non si fa mai parola. Si ha quindi un'estensione, molto arbitraria, della Novella ai fratelli e alle sorelle, la quale tanto meno può farsi, in quanto così ci si porrebbe in grado di abolire ad un tratto tutte le differenze fra la querela dei collaterali e dei rimanenti eredi necessari. Che l'Auth. *ex causa C. de liberis pract.* non faccia distinzione alcuna, niente prova ⁷⁴⁾, poichè le autentiche,

⁷¹⁾ L. 8 pr. e § 1, L. 16 D. *de iure coelicill.* [29, 7]. L. 3 in f. C. ad *SCtum Trebell.* [6, 49].

⁷²⁾ Vedasi BERGER, *Oecon. iuris* lib. II tit. IV Th. 17 nota 12 in fine. — De CANNEGISSER, *Decision. Hasso-Cassellan.* tom. I Dec. XXIV num. 12 pagina 73. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. II Specimen XCIV Corollar. 2 e SCHMIDT nel Commento teorico-pratico al *Lehrbuch von gerichtlichen Klagen* di suo padre lib. 3 § 547 pag. 14.

⁷³⁾ *Luc. van de POLL, De exheredit. et praeterit.* cap. LXIII § 14. — STRYCK, *Us. mod. Pandect.* h. t. § 6. — LAUTERBACH, *Colley. theor. pr. Pandect.* h. t. § 31. — ZOESIUS in *Comm. ad Pand.* h. t. § 41. — GAIL, *Observat.* lib. II obs. 113 num. 7. — BOEHMER in *Ius Dig.* h. t. § 18. — SCHAUMBURG in *Comp. iuris Dig.* h. t. § 12. — HEINECCIUS in *Elem. iur. civ. sec. ord. Pand.* h. t. § 53. — WALCH, *Introd. in controv. iuris civ.* pag. 367. — HOFACKER, *Princ. iuris civ.* tom. II § 1701 num. III. — EMMINGHAUS ad COCCEJI, *iur. civ. controv.* h. t. Qu. II nota I pag. 447 seg. MÜLLER, *Observat. pract. ad Leyserum* tom. I fascicolo 2 obs. 232. — HOMMEL, *Diss. de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac lib. et quae fratrib. competit* § 10. — MALBLANCK, *Princip. iuris sec. ord. Digest.* tom. III § 698. — *Frat. OVERBECK, Meditationen über versch. Rechtsmaterien* vol. 2 medit. 80. — HÖPFNER in *Commentar über die Institutionen* § 535 not. 1. — THIBAUT, *Syst. des Pandectenrechts* tom. II § 819 p. 233. — BOOK, *Lehre von der Enterbung* § 16 pag. 44 e GAMBSJAEGER in *Diss. de test. inoff.* parte IV § 4 nota 21.

⁷⁴⁾ A ragione dico perciò GAIL in *Observat. pract.* lib. II pag. 1098. *Memnisse oportet, praedictam Authenticam ex causa non habere locum in transversalibus, utpote si frater fratrem praeteriret, instituta turpi persona.*

estratte dalle Novelle, essendo un semplice lavoro privato d'INERIO e neppure passate nel *Corpus iuris* per volere della pubblica autorità, non possono accampare alcuna pretesa ad un valore legale ⁷⁵⁾.

2. Il fondamento della Novella 115 non conviene affatto ai fratelli e alle sorelle, poichè nella querela dei genitori e dei figli la rescissione della sola istituzione d'erede avviene pel motivo che, secondo questa legge, la legittima spettante ai figli e genitori deve esser lasciata loro *titulo heredis*. Se ciò non sia stato fatto, il testatore si è diportato inofficiosamente soltanto riguardo alla istituzione d'erede; ma i legati ed i fedecommissi, che il testatore ha ordinato nel suo testamento, non possono essere considerati come inofficiosi. E siccome a fratelli e sorelle la legittima può esser lasciata *quocunque titulo*, il testatore, che abbia preferito loro una persona turpe, senza onorarli neppure di un legato, ha agito inofficiosamente non soltanto riguardo alla istituzione d'erede, ma anche riguardo ai legati; quindi equitativamente qui devesi rescindere l'intero testamento, come inofficioso.

3. Quando il testamento è rescisso come inofficioso, secondo l'osservazione di Claudio TRIFONINO sopra SCEVOLA ⁷⁶⁾ non valgono neppure i legati *ab intestato*, se anche dovesse essere aggiunta la clausola codicillare, poichè si riguardasse il defunto come un infermo di mente. ULPIANO ⁷⁷⁾ osserva pure che i legati pagati dall'erede testamentario possono essere ripetuti. Ora l'antico fondamento della querela che il testatore non abbia avuto completa sanità di mente, non è abolito per l'azione d'inofficiosità dei collaterali, come è già stato dimostrato sopra (pag. 658). Ed è affatto indimostrabile ciò che BAUER ⁷⁸⁾ vuol sostenere, esservi già stata diversità per lo innanzi riguardo ai legati tra la querela dei fratelli e delle sorelle e quella dei figli e genitori. PAOLO ⁷⁹⁾ infatti dice in modo del tutto generale: *Cum contra testamentum ut inofficiosum, iudicatur, testamenti factionem habuisse*

⁷⁵⁾ WEBERS *Versuche über das Civilrecht* pag. 37 seg.

⁷⁶⁾ L. 13 D. h. t. Si confronti WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1044 e THIBAUT, *System des Pandectenrechts* parte 2 § 785.

⁷⁷⁾ L. 8 § 16 D. h. t.

⁷⁸⁾ Vedi sopra la nota 68.

⁷⁹⁾ L. 17 § 1 D. h. t.

defunctus non creditur, e in un altro luogo ⁸⁰⁾ dicesi: *Cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*. Quando poi si oppone

4. essere assurdo che i collaterali, che sarebbero ammessi alla querela soltanto per odio verso una spregevole persona, abbiano ad avere sorte migliore dei più prossimi congiunti ed esser contrario alla equità che gl'innocenti legatari abbiano a soffrire per la istituzione del turpe erede, non si è, chiaramente, pensato che la condizione dei fratelli e delle sorelle nella querela è pur sempre peggiore di quella dei figli e dei genitori. Infatti da una parte i primi possono dolersi di una inofficiosa esclusione soltanto pel caso che sia preferita loro una persona turpe, dall'altra poi incombe qui pure all'attore nella querela la prova di essersi condotto fraternamente verso il defunto ⁸¹⁾. Inoltre la equità non può mai servire a pretesto per permettersi una deviazione dal disposto di una chiara legge ⁸²⁾, nè mai, sotto il pretesto di una eguaglianza di motivi, può essere ammessa una sconvenevole estensione delle leggi ⁸³⁾.

Del resto devesi pure

5. osservare che l'erede deve essere indennizzato per le prestazioni fatte, prima che fosse sorto il processo, in base alle disposizioni del testamento e per ciò che ha speso nell'adizione dell'eredità ⁸¹⁾. Pertanto ciò che egli paga pei debiti del defunto o pei legati, costò ciò che ha sborsato per l'adempimento di una condizione a lui imposta deve essergli accreditato ed egli può defalcare, restituendo la eredità, ciò che ha pagato ⁸⁵⁾ o ripeterlo con la *condictio indebiti* da coloro che la ricevono ⁸⁶⁾, o pretendere indennizzo dall'attore con

⁸⁰⁾ L. 28 in fin. D. *eodem*.

⁸¹⁾ Vedasi ciò che di questa prova è stato detto sopra per esteso pag. 401 (Ediz. ital. pag. 646) e confronta pure WEBER su HÖPFNER, *Commentar über die Institutionen* § 533 nota 2 pag. 604.

⁸²⁾ Vedi ALB. BOLOGNETI, *De lege, iure et aequitate Disputationes* (Witebergae 1594, 8) cap. 34 num. 9 pag. 638 dove dice: *Nam cum ad legis sententiam interpretatio omnis, quae fit ex aequo et bono, referenda sit, non poterit videri ea fuisse legislatoris sententia, quae verbis perspicuis adversatur*.

⁸³⁾ Vedi WEBERS *Versuche über das Civilrecht* num. 1 § 19 pag. 58.

⁸⁴⁾ L. 8 § 16 D. h. t., L. 21 § 1, L. 26 D. *eodem*.

⁸⁵⁾ L. 5 C. *de heredit. petit.* [3, 31].

⁸⁶⁾ L. 8 § 16 D. h. t.

l'*actio negotiorum gestorum utilis* ⁸⁷⁾. Anche l'attore vittorioso può intentare la *condictio indebiti utilis* ⁸⁸⁾ in quanto la vincita della lite abbia per conseguenza il venir meno dei legati. Sicchè di ciò che l'erede testamentario spese durante il processo, non può chiedere indennizzo alcuno, dal momento che sapeva che non era un debito ⁸⁹⁾.

§ 559.

*Ristretto uso della querela. Dannose conseguenze
di un tentativo non riuscito di essa.*

L'uso dell'azione d'inofficiosità è del resto in varia guisa ristretto; di che ponesi d'ordinario ⁹⁰⁾ la cagione in questo che tale azione non era molto gradita ai Romani in parte per il pretesto della infermità di mente del testatore, in parte perchè veniva così annullato un testamento, alla cui conservazione i Romani davano un gran peso ⁹¹⁾.
Quindi

1. La querela non deve essere ammessa quando l'escluso ha un altro mezzo giuridico per giungere alla eredità. GIUSTINIANO dice ⁹²⁾: *Qui ad hereditatem totam vel partem eius alio iure veniunt, de inofficioso agere non possunt.* Anzi egli chiama la querela espressamente in un altro luogo ⁹³⁾ *ultimum adiutorium*, cioè l'ultimo mezzo giuridico,

⁸⁷⁾ Vedi la parte quinta di questo Commentario § 421 pag. 347 (Ediz. ital. Libro III, pag. 185).

⁸⁸⁾ L. 8 § 16 D. h. t. Si veda qui WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1043.

⁸⁹⁾ L. 21 § 1 D. h. t. WESTPHAL, § 1050.

⁹⁰⁾ VOET in *Comm. ad Dig. h. t.* § 20. — HÖPFNER nel *Commentar über die Institutionen* § 535 pag. 607.

⁹¹⁾ Così quando in un tribunale le opinioni dei giudici sono divise in modo tale che un numero eguale di voti è a favore del testamento e contro, la sentenza deve esser pronunziata conforme alla prima opinione. L. 10 pr. D. h. t. Si confronti sopra questo passo CUIAC., *Observat.* lib. X cap. 20, ma specialmente ZEPERNICK su SICCAMA *de iudicio centumvirali* lib. II cap. 7 nota a pag. 157 seg.

⁹²⁾ § 2 I. h. t.

⁹³⁾ L. ult. C. *de lib. praeterit.* [6, 28]. Vedi PÜTTMANN, *Diss. inofficiosi querelam testamenti remedium subsidiarium esse* (nei suoi *Adversar. iur. univ.* lib. I cap. 6).

che per conseguenza non deve essere adoperato sino a che vi siano altri mezzi. Secondo questa veduta colui che può impugnare il testamento come *nullum o ruptum o irritum* non dovrebbe poter intentare la *querela inofficiosi*, colui il quale non fosse riuscito a buon esito con quest'azione, avrebbe dovuto perder tutto. Ma che questo non sia il caso si può conoscere chiaramente dai testi. Già le leggi delle Pandette ⁹¹⁾ concedono all'erede necessario escluso, che ha più motivi per contestare il testamento, la scelta di quello cui voglia appigliarsi per primo. E in base alle leggi del Codice ⁹⁵⁾, quando egli abbia anche perduto il processo con l'azione di inofficiosità, può agire tuttora per la nullità del testamento; così quando dapprima ha agito per sostenere questa ed ha perduto il processo può valersi ancora dell'azione d'inofficiosità.

2. La querela non trasmettesi agli eredi dell'escluso, se egli muoia senza averla promossa in vita o aver fatto almeno la preparazione necessaria per promuoverla. A ciò riferiscisi quello che ULPIANO ⁹⁶⁾ dice: *Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? PAPINIANUS respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur; si post agnitam bonorum possessionem, esse successionem accusationis, et, si non sit petita bonorum possessio, iam tamen caepta controversia vel praeparata: vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit; puto ad heredem transire.* Per la preparazione che è richiesta, affinché la querela trasmettasi agli eredi è tuttavia già sufficiente che l'escluso abbia, durante la sua vita, soltanto minacciato di promuoverla ⁹⁷⁾ o abbia in qualsiasi modo espresso il proprio

⁹¹⁾ L. 8 § 12 D. h. t.: *Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum, et inofficiosum, conditio ei deferri debet, utrum prius movere volet.*

⁹⁵⁾ L. 14 C. eodem.: *Eum qui inofficiosi querelam delatam non tenuit (cioè in querela delata non obtinuit come bene spiega WESTPHAL, Von Testamenten § 1024 pag. 760), a falsi accusatione non submoveri placuit. Item observatur et si e contrario falsi crimine instituto rictus, postea de inofficioso actionem exercere maluerit.* L. 16 C. eodem.: *Contra maiores viginti quinque annis duplicem actionem inferentes, primam, quasi testamentum non sit iure perfectum, alteram quasi inofficiosum, licet iure perfectum, praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest.*

⁹⁶⁾ L. 6 § 2 D. h. t.

⁹⁷⁾ L. 7 D. h. t.: *Is si comminatus tantum accusationem fuerit vel usque ad denunciationem vel libelli dationem processerit, ad heredem suum accusationem*

animo di agire⁹⁸). Ciò, pel nuovo diritto romano, ha luogo senza dubbio anche pei figli emancipati diseredati, tanto più che la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, di cui ULPIANO⁹⁹) fa menzione tuttora, necessaria un tempo per la preparazione della loro querela, secondo l'analogia della Novella 113 cap. 1, come sopra¹⁰⁰) è già stato mostrato, ora vien meno assolutamente¹).

Senza tale preparazione la querela non trasmettesi neppure ai discendenti del diseredato eccetto nell'unico caso che il figlio diseredato muoia durante il tempo che l'erede istituito deliberaⁿ). In questo

transmittet. In che consistesse la *denuntiatio*, che viene distinta dalla *datio libelli*, è stato detto da me in *Opusc. iurid.* fasc. II pag. 356 seg e nel Commentario parte 3 sez. 2 § 219 pag. 296. (Ed. it. Lib. II, pag. 220).

⁹⁸) L. 5 C. h. t.: *Si pater tuus post litem contestatam, vel postquam propositum habuisset, inofficiosum fratris testamentum dicere, te herede relicto decessit, causam coeptam vel quocunque modo illi placitam exsequi non prohiberis.*

⁹⁹) L. 6 § 2. L. 8 pr. . h. t.

¹⁰⁰) Vedi § 551 pag. 334 (Ediz. ital. pag. 597).

1) Io. SCHILTER in *Prax. iur. Rom. Exercit.* XIV §§ 24 e 27 crede che la *Bonorum possessio litis ordinandae gratia* sia già stata abolita mediante una costituzione dell'imperatore COSTANTINO L. 1 C. Th. h. t. dove dicesi: *sine auxilio Praetoris, petitionis alius per querelam referetur*. Secondo la sua opinione non solo i figli emancipati, ma ognuno il quale volesse promuovere l'azione di inofficiosità, era nella necessità di chiedere quella *Bonorum possessio*, poichè un testamento inofficioso essendo valido *ipso iure*, soltanto l'erede ivi istituito potrebbe esser riputato vero erede finchè il testamento non sia stato rescisso. L. 32 D. *de hered. petit.* Ogni legittimo erede necessario diseredato avrebbe quindi dovuto esser posto nel luogo di un erede, per mezzo del beneficio del pretore. Così spiegasi la regola di ULPIANO, *Fragm. tit. XXVIII § 12: Qui heredes non sunt, beneficio praetoris constituendi sunt heredis loco*. Questa *Bonorum possessio litis ordinandae causa* sarebbe stata una semplice solennità *sine re*; COSTANTINO avrebbe abolito questa formalità dapprima nella successione legittima con la crezione (L. un. C. Th. *de cretione vel bonor. poss.*), indi anche nella querela *inoff. test.* (L. 1 C. Th. cit.). Ma tutto questo sistema è infondato. Nè la L. un. C. Th. *de cret.* nè la L. 1 C. Th. h. t. fanno parola della *Bon. possessio litis ordinandae causa*. Vedasi KOCH, *Bon. poss.* pag. 525 seg. e Iac. GOTHOFREDUS in *Commentar. ad L. 1 C. Theod. h. t.* tom. I pag. 198. Se questa *Bonor. possessio* fosse già stata abolita dall'imp. COSTANTINO, la L. 6 §§ 2 e 4, L. 7 e la L. 8 pr. D. h. t., ove di essa si fa ricordo, non sarebbero state accolte, senza interpolazione nelle Pandette e la L. 7 C. h. t. sarebbe stata del tutto priva di significato. Vedi WESTPHALS *Theorie des R. R. von Testamenten* § 1018.

ⁿ) Nello stesso senso FRANCKE, *op. cit.* pag. 317. L'opinione che la trasmissione av-

caso i figli di lui possono promuovere la querela in qualità di eredi, se anche il loro defunto padre non abbia fatto alcuna preparazione per intenderla ²⁾. Veramente crede HELLFELD che nel caso ricordato la querela trasmettasi a tutti gli eredi del figlio diseredato (*heredes exheredati extranei*); e WALCH ³⁾ sostiene anzi che secondo il nuovissimo diritto romano la preparazione non sia più necessaria per la trasmissione della querela. Ma queste idee sono prive di fondamento. GIUSTINIANO ⁴⁾ dice espressamente: *Iubemus, in tali specie eadem iura nepoti dari, quae filius habebat: etsi praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere*. Ancor più chiaramente gli *heredes extranei* del figlio diseredato sono esclusi in una nuova costituzione di questo imperatore ⁵⁾, nella quale dicesi: *In medio tamen tempore, id est, a morte quidem testatoris, sed ante aditam hereditatem, si decesserit filius, huiusmodi querelam (licet se non praeparaverit) ad suam posteritatem transmittet: ad extraneos vero heredes tunc antummodo, quando antiquis libris insertam faciet praeparationem*. L'argomento che WALCH deduce dall'abolita *ratio legis* non persuaderà alcuno, il quale sappia che l'applicazione di una legge romana non cessa per questo che le circostanze che si riferiscono alla medesima non ricorrono più presso di noi ⁶⁾.

²⁾ L. 34 C. h. t. Franc. RAGUELLI, *Commentar. ad Constitution. et Decis. Iustin.* lib. III pag. 157 in fine. — MALBLANCK in *Princ. iur. Rom.* tom. III § 699 num. VII pag. 855. — WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1029. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1705.

³⁾ *Diss. de transitu querelae inoff. testam. ad heredes* (Jenae 1772) § 8. Appunto questa opinione fu difesa poi anche da *Ohr. Henr. BREUNING* in *Quaest. iur. controv. An supersit causa odii querelae inoff. testam.* (Lipsiae 1773) §§ 3 e 8.

⁴⁾ L. 34 C. cit.

⁵⁾ L. 36 § 2 in fine C. h. t.

⁶⁾ Vedi WEBERS *Versuche über das Civilrecht* num. I § 16 pag. 52 seg. e questo Commentario parte 2 § 58 pag. 363.

venga sempre, muoia l'erede necessario escluso prima o dopo la dichiarazione dell'erede testamentario, è stata sostenuta fra i moderni da MAREZOLL, *Giess. Zeitschrift*, III, pagina 343 seg.; da ARNDTS, *Civ. Schrift*. II p. 348. Ma l'opinione accolta dal GLÜCK è la più rispondente alle fonti. Cfr. MÜHLENBRUCH, XXXV pag. 463 seg.; VANGEROW, § 478 *Ann.* num. 3. Nel caso nostro si verificherebbe una successione nella querela, se la trasmissione non fosse già incominciata (BRINZ, § 404 pag. 256-57, WINDSCHEID, § 585 *Ann.* 9). Quindi perde la sua pratica importanza la questione se la L. 34 citata abbia voluto contemplare soltanto il caso che la morte avvenga prima dell'adizione dell'eredità

Si può quindi anche concedere che l'antico fondamento il quale rendeva odiosa questa azione sia stato abolito dal nuovo diritto romano; ma da ciò non discende che la querela passi agli eredi senza preparazione. Il suo fondamento resta sempre personale, come nell'azione d'ingiuria 7). In ciò concorda anche la giurisprudenza forense 8).

3. L'azione d'inofficiosità dura soltanto cinque anni ed è estinta col decorso di questo termine 9), semprechè non vi siano sufficienti motivi per i quali il diseredato che ha trascurato il termine possa pretendere una reintegrazione nel pristino stato 10) o).

Sembra aver dato occasione a determinare questo quinquennio l'editto dell'imperatore NERVA, secondo il quale lo stato di un defunto non può in genere esser più oggetto di controversia trascorsi cinque anni 11). Siccome anche nell'azione d'inofficiosità si faceva contesa in-

7) Iac. VOORDA, *Interpraet. iur. Rom.* lib. II cap. 14 pag. 160.

8) Vedi de CANNIESSER, *Decisiones Hasso-Casselae.* tom. I Dec. CII n. 13.

9) L. 8 § 17, L. 9 D. *de inoff. testam.* L. 5 C. Th. *eodem* L. 16, L. 34 in fine L. 30 § 2 C. *eod. tit.* È controverso fra i giureconsulti se la querela sia ristretta al breve termine di anni cinque anche nel caso che venga presentata come eccezione contro l'azione dell'erede testamentario (§ 552 p. 352 seg.). Parecchi vogliono sostenere ciò come Io. SCHILTER in *Praxis iuris Rom.* Exercit. XI § 32. — Pet. de GREVE in *Exercit. ad Pandectar. loca difficiliora* Ex. VII § 20. — Mich. Godofr. WERNIER in *lectissim. Commentat. ad Pandect.* parte I h. t. § 13 pag. 277. Ma il signor prof. WEBER nei *Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden* 1 fasc. num. I pag. 7 seg., ha molto fondatamente dimostrato come le regole in base alle quali le eccezioni del convenuto non estinguonsi per prescrizione prima che sia promossa l'azione non subiscono qui eccezione alcuna.

10) L. 8 § 17 D. h. t.: *Plane si post quinquennium inofficiosum dici coeptum est ex magna et iusta causa, libertates non esse revocandas, quae competierunt, vel praestitae sunt.* Vedi WESTPHALS *Theorie des R. R. von Testamenten* § 1052.

11) L. 4 D. *de statu defunctor. post quinquennium quaeratur* [40, 15]. — Io. Abrah. AHASVERI, *Diss. II de M. COCCIO, Nerva imp.* (Goettingae 1752) § 24 e § 25. Qui confutasi la opinione di coloro i quali sostengono che secondo il precedente diritto romano la querela *inofficiosi* abbia durato soltanto due anni. Una opinione la quale hanno cercato di difendere specialmente Iac. GOTTFREDUS in *Comm. ad L. 5 C. Theod. h. t.* — Ian. a COSTA in *Commentar. ad pr. I. eodem.* — SICCAMA, *de iudicio centumvirali* lib. II cap. 6. — POTHIER, in *Pandect. Iustinian.* tom. I h. t. num. LII pag. 107. — HOFACKER, *Princip. iur.*

o) FRANCKE, *op. cit.* pag. 313-14; MÜHLENBRUCH, XXXV pag. 461 seg.

Glück, *Comm. Pandect.* — Lib. V.

torno alla condizione del defunto, poichè fondavasi l'azione su ciò che egli avesse avuto un accesso di pazzia quando fece testamento, i giureconsulti romani trovarono conforme alla natura dell'azione di inofficiosità di restringerne la durata a cinque anni in conseguenza di quel principio ¹²⁾ p). Se anche oggigiorno è venuto meno questo motivo, devesi tuttavia applicare ad essa il termine fissato poi anche da leggi, poichè oggi pure vi è sufficiente motivo di restringere quell'azione ¹³⁾.

Per precisare meglio il momento dal quale l'azione comincia devesi distinguere se l'attore è ancora minorenni o già maggiorenne. Per un attore ancor minorenni il quinquennio non corre se non dopo il cominciamento della maggiore età ¹⁴⁾. Se invece il diseredato è già maggiorenne il quinquennio vien calcolato dal momento che l'erede ha adito l'eredità ¹⁵⁾. Vien tuttavia presupposto che l'attore non sia

civ. tom. II § 1704 nota a e WESTPHAL nel citato libro § 1051. Ma la testimonianza di PLINIO lib. V Epist. I cui essi assolutamente richiamansi non prova la loro opinione, perchè PLINIO non parla della prescrizione dell'azione d'inofficiosità, ma della *usucapio pro herede*, come sufficientemente hanno mostrato *Petrus de TOULLIER* in *Collectan. iuris civ.* pag. 387 e PÜTTMANN in *Interpretat. et Observat. iur. Rom.* cap. XXX pag. 150. Si confronti anche ZEPERNICK ad SICCAMAM *de iudicio centumvirali* pag. 155 nota k.

¹²⁾ Si confronti qui specialmente PÜTTMANN, loc. cit. pag. 149 e i suoi *Adversaria iuris univ.* lib. I cap. 6.

¹³⁾ Vedi il Libro I di questo Commentario § 58 pag. 363 (Ed. it. p. 299).

¹⁴⁾ L. 2 C. *in quib. caus. in integr. restitutio necess. non est* [2, 41]: *Adolescentiae tempus non imputari in id quinquennium liberis, cuius praescriptis seram inofficiosi quaestionem moventibus opponi solet, manifeste ante descripsimus. Impleta igitur aetate legitima, non est in integrum restitutio necessaria: quia non redintegratio amissae causae his datur, sed integra ipsa causa servatur.*

¹⁵⁾ Prima di GIUSTINIANO era controverso fra gli antichi giureconsulti quando il quinquennio cominciasse a decorrere. ULPIANO computava il principio dalla adizione dell'eredità, ERENNIO MODESTINO già dalla morte del testatore. Ciò appare dalla L. 36 § 2 C. h. t. nella quale GIUSTINIANO decise

p) Ciò è poco verosimile. Il divieto anzitutto contenuto in un editto di NERVA ricordato da CALLISTRATO (nella L. 4 citata dal GLÜCK nella nota 11) riguardava soltanto le indagini intorno alla libertà, la cittadinanza e lo stato di un libertino, non estendevansi neppure allo *status familiae* (L. 5 C. *ne de stat. defunct.* 7, 21) e, come osserva anche il FRANCKE, op. cit. pag. 313, i Romani non ascrissero mai alle indagini sullo *status* quella intorno alla sanità dell'intelletto.

stato impedito d'intentare l'azione, perchè il quinquennio è un *tempus ratione initii utile* ¹⁵⁾; non vien quindi calcolato il tempo in cui la querela non poteva esser promossa. Se l'attore avesse dapprima promossa l'azione di nullità, ma perduto il processo, la eccezione di prescrizione non può essere opposta neppure all'attore maggiorenne, il quale cerchi ancora uno scampo nell'azione d'inofficiosità, se anche il quinquennio avesse dovuto esser già trascorso durante il tempo, in cui fu trattato il processo di nullità. Questo tempo non viene infatti calcolato, poichè in esso non poteva esser promossa l'azione di inofficiosità ¹⁷⁾. Appunto per questo motivo anche per coloro che vengono alla querela mediante successione (pag. 378), il quinquennio non può cominciare a decorrere se non dal momento in cui coloro i quali secondo l'ordine erano i più prossimi nella querela o hanno rinunciato alle loro ragioni o hanno perduto, a causa di prescrizione, il diritto di agire o furono respinti con la loro azione ¹³⁾.

4. Se l'attore abbia promosso infondatamente la querela (vuoi che siasi querelato per sè medesimo o volontariamente per altri) e sia stato respinto, perde, a titolo di pena, il legato che accidentalmente gli fosse stato lasciato nel testamento, perchè ha offeso la memoria del defunto e il fisco è autorizzato a impossessarsene ¹⁹⁾. La pena tuttavia cessa

1. Quando il tutore, per doverò d'ufficio, promosse la querela a favore del suo pupillo diseredato ²⁰⁾. Egli non si può ritenere eguale ad un semplice procuratore che poteva rifiutare l'incarico ²¹⁾ g).

questa controversia. *Illud praeterea sancimus*, dicesi ivi, *ut tempora inofficiosi querelae ab adita hereditate secundum ULPIANI opinionem currant*, HERENNII MODESTINI *sententia recusata qui a morte testatoris illico cursum de inofficioso querelae temporis dabit*. Vedasi Franc. RAGUELLI, *Commentar. ad constitut. et Decision. Iustiniani* lib. III pag. 165.

¹⁵⁾ Vedi la terza parte di questo Commentario § 269 a, pag. 561 (Ediz. it. Libro II, Tit. 12, § 269 a, pag. 422 e seg.).

¹⁷⁾ L. 16 C. h. t. dove dicesi: *praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest*. Vedasi PÜTTMANN, *Adversaria iuris univ.* lib. I cap. 6 pag. 117 seg. e WESTPHALS *Von Testamenten* § 1024 pag. 760.

¹⁸⁾ HOFACKER, *Princ. iur. civ.* tom. II § 1704 in fine pag. 835.

¹⁹⁾ L. 8 § 14 D. h. t.

²⁰⁾ § 5 I. h. t., L. 30 § 1 D. *eodem*, L. 22 D. *de his quae ut indign.* [34, 9].

²¹⁾ L. 5 § 11 D. *de his quae ut indignis*. — De COCCEJI, *Ius civ. controv. h. tit. Qu. 24 Ex. 1.* — WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1070.

g) Il FRANCKE, op. cit. pag. 311-12, osserva che difficilmente si può porre in dubbio

2. Quando l'attore fece cadere il processo o morì prima della sentenza definitiva ²²⁾, poichè l'attore non solo deve aver continuato il processo sino a questa, ma anche sopravvissuto ad essa ²³⁾.

3. Quando senza completa cognizione della causa la sentenza è stata data semplicemente *in contumaciam* ²⁴⁾ r).

In genere vogliono nondimeno più giureconsulti ²⁵⁾ sostenere che questa pena oggi giorno debba cessare del tutto, perchè da un lato, secondo la Novella 115, i legati non cadono più in base alla querela, dall'altro anche l'impugnativa di un testamento pel motivo della inofficiosità non sia più una così grossa offesa pel testatore come per lo passato, dovendo allora l'attore ricorrere al *color dementiae* per dar fondamento alla sua azione, il che oggi non accade. Ma questi argomenti non sono di alcun peso speciale. Infatti

1. La Novella parla espressamente soltanto di quei legati che sono stati lasciati ad altre persone, non a quegli che promuove la querela, e che egli deve anzi pagare quando vinca la lite. Non è quindi in alcun modo applicabile al presente caso.

²²⁾ L. 8 § 14 D. h. t.

²³⁾ WESTPHAL, § 1054.

²⁴⁾ L. 8 § 14 cit.: *Proinde et si absente eo secundum praesentem pronunciat, potest dici, conservatum ei, quod accepit.*

²⁵⁾ EV. OTTO in *Comm. ad Institut.* h. tit. § 5 pag. 298 seg. — IO. CHRPH. WOLTAER, *Observ. iur. civ. et Brandeb.* fasc. II obs. 26 e IO. CHR. KOCH in *Specim. comp. Pand. acced. Meditat. ad SCHAUMBURGI, compend. Dig. medit.* 5.

che colui il quale, come procuratore condusse il processo, perde ciò che gli fu lasciato. Sembra che il GLÜCK ritenesse ciò come certo; vi si riferisce infatti a guisa di paragone. Nè vi può esser dubbio, se vediamo come parlino decisamente le fonti. PAOLO, libro primo, *de iure fisci* (= L. 5 D. *de his quae ut ind.*) fa molti casi in proposito al nostro argomento. Decisamente insegna che non possono ottenere alcunchè coloro *qui testimonio suo intentionem accusatoris adiutaverunt* (L. 5 § 10). Scrive poi: «Sunt qui putant, et recte, et ei denegandam (actionem) qui accusatori adfuit vel fideiussor pro ei extiterit» (L. 5 § 11). L'unico dubbio potrebbe essere in questo, che egli riferisca soltanto l'opinione di altri senza pronunciarsi; bisognerebbe riferire *et recte* all'opinione di altri, togliendo alla frase il carattere di un inciso esprimente il parere di PAOLO. Ma si vede che egli argomentava dalla volontarietà o necessità dell'ufficio assunto, poichè a cagione di questa, scusa l'avvocato del fisco (L. 5 § 13).

r) Sono inoltre scusati anche qui i minori (L. 22 D. *de his quae ut ind.* L. 30 § 1 D. *de inoff. test.* § 5 I. *de inoff. test.*). Nè la pena può riguardare ciò che fu lasciato all'attore perchè lo consegnasse ad altri (L. 8 § 14 D. *de inoff. test.*). Così l'attore non perde ciò che non gli deriva dal defunto, ma da un erede o un legatario istituito nel testamento (L. 8 § 17, L. 19 D. *de inoff. testam.*).

2. Non si può neppure affermare che il *color insaniae* sia del tutto abolito nella querela nel nuovo diritto romano. Il contrario è già stato esposto sopra (pag. 420). Se anche vien meno questo pretesto, secondo la Novella 115, nella querela dei figli e genitori, resta pur sempre una dura offesa del testatore l'impugnare il suo testamento come inofficioso. Poi si deve

3. pensare qui pure a ciò che più volte ho ricordato, valere tuttora oggigiorno talune conseguenze del diritto romano, sebbene il principio fondamentale, da cui scaturirono, sia abolito da gran tempo.

A ragione da altri giureconsulti ²⁶⁾ vien rigettata quella opinione e pratici giureconsulti ²⁷⁾ attestano che la pena della confiscazione è tuttora in uso nel caso ricordato.

Coloro, i quali sostengono che figli e genitori non abbiano più affatto la *querela inofficiosi* dopo la Novella 115, ma possano contestare il testamento come nullo per mezzo di una petizione qualificata di eredità, ove le disposizioni di questa Novella non siano state osservate, si conducono in modo del tutto conseguente quando dicono che tutti gli effetti che erano propri della natura della querela, come di un'azione odiosa, scompaiono in questa azione di nullità ²⁸⁾. Pertanto in tale azione la pena della confisca non potrebbe colpire la parte perdente riguardo al legato lasciato ad essa, non vi sarebbe bisogno di una preparazione per trasmettere l'azione agli eredi, nè il decorso di un quinquennio escluderebbe l'attore, ma qui l'erede necessario escluso non potrebbe perdere il suo diritto se non con l'acquiescenza di trenta anni. Ma siccome io rigetto assolutamente il così detto sistema della nullità e spiego la Novella 115 come relativa all'azione d'inofficiosità, ritengo pure errate le conseguenze dedotte da quel sistema.

²⁶⁾ WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* § 1054 pag. 787. — EMMINGHAUS ad COCCESI, *Ius civ. contr. h. t. Qu. 3 nota x.* — HÖPFNER in *Commentar* § 535 num. 4. — THIBAUT, *System des P. R.* parte 2 § 818 p. 233.

²⁷⁾ STRYCK, *Us. mod. Pand.* lib. XXXIV tit. 9 § 3. — RICHTER, *Decis.* XLII numeri 7 e 13. — WERNHER, *Observ. for.* tom. II parte IX observ. 161. — REINHART ad *Christianaeum* vol. IV obs. 41 pag. 42.

²⁸⁾ Vedasi BOOK, *Lehre von der Enterbung* §§ 24 e 27 e THIBAUT, *System des Pand. R.* lib. 2 § 819.

§ 560.

Casi, nei quali non ha luogo l'azione d'innocuità ²⁹⁾.

La querela d'innocuità cessa di aver luogo:

1. quando l'erede necessario volontariamente vi rinunzia. Secondo il diritto romano tale rinunzia tuttavia non valeva, se fatta durante la vita del testatore, quando pure l'escluso avesse ricevuto da questo o determinate cose o somme per suo soddisfacimento a causa della legittima che gli spetta. Il contratto che su ciò ha conchiuso col testatore non lo vincola, ma egli può impugnare il testamento come se non fosse avvenuta rinunzia alcuna. GIUSTINIANO ²⁹⁾ dice in una notevole costituzione al *Praefectus praetorio* JULIAN.: *Illud etiam sancimus: ut si quis a patre certas res vel pecunias accepisset, et pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur; et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit eius iudicium, sed oppugnandum putaverit, vetere iurgio exploso, huiusmodi pacto filium minime gravari, secundum PAPINIANI responsum, in quo definitur meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos.* GIUSTINIANO osserva qui che vi fu una contesa fra gli antichi giureconsulti intorno alla questione che ora viene decisa. Di ciò non trovasi nulladimeno alcuna traccia; piuttosto era pienamente d'accordo con PAPINIANO anche PAOLO ³⁰⁾, il quale adopera anzi lo stesso argomento quando dice: *Pactio talis, ne de inofficioso testamento dicatur, querelam super iudicio futuram non excludit. Meritis enim liberos, quam pactionibus adstringi placuit.* Molti ³¹⁾ credono che di questa disposizione del di-

²⁹⁾ L. 35 § 1 C. h. t. Un eccellente commento a questa legge trovasi in Ioh. STRAUCHII, *Exercitat. ad L. Decisiones Iustiniani*. Exercit. IV.

³⁰⁾ *Sentent. recept.* lib. IV tit. 5 § 8 in SCHULTING, *Iurispr. Anteiustin.* p. 399.

³¹⁾ HOFACHER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1703. — SCHMIDT, commento al trattato di suo padre sulle azioni lib. 3 § 548 pag. 18. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* lib. 2 § 818 pag. 233.

²⁾ Cfr. FRANCKE, op. cit. § 24. UNZNER, op. cit., § 10.

ritto romano oggigiorno non sia più da fare uso, perchè secondo i principi del diritto tedesco siano valide le rinunzie all'eredità. Altri ³²⁾ invece sono d'avviso che abbia luogo bensì una rinunzia, ma debba esser confermata mediante giuramento, poichè ciò richiede il diritto canonico ³³⁾. Questo è affermato anche da HELLFELD. Ma quella disposizione del diritto romano che dichiara invalida la rinunzia alla querela durante la vita del testatore, riposa sopra tutt'altro fondamento che quello, d'ordinario supposto, esser, cioè, invalide secondo il gius romano ³⁴⁾ le rinunzie all'eredità. GIUSTINIANO, secondo il parere di PAPINIANO, dichiara non obbligatorio il contratto che un padre ha conchiuso con suo figlio intorno alla rinunzia alla querela, *quia meritis magis filii ad paterna obsequia provocandi sunt quam patitionibus* o come i Basilioi ³⁵⁾ esprimonsi: *μᾶλλον ἐνεργεσίας (beneficis)* ³⁶⁾ προκαλεῖσθαι πρὸς ὑπάλον εἰς τὰς πατρικὰς ὑπηρεσίας ἀπὸ τῶν πατέρων τοὺς παῖδας, καὶ μὴ διὰ συμφῶνων συσφιξεσθαι. Cioè, perchè i padri debbono eccitare i loro figli al rispetto della loro volontà piuttosto per mezzo di benefici che di contratti coi quali li debbano vincolare a perdere il proprio diritto. Questo motivo è pienamente applicabile anche alla nostra odierna costituzione, poichè la dottrina della legittima degli eredi necessari deriva dal diritto romano e deve essere giudicata secondo i principi di esso. Secondo questi, la legittima non può esser diminuita in alcun modo e quando pure i figli abbiano meritato la diseredazione, questa deve nondimeno esser fatta secondo il disposto delle leggi, indicando un legittimo motivo, se il testamento non ha da essere impugnato. Ove manchi tale motivo e il figlio pattuisca col padre che egli, dietro ricevimento di una somma, si asterrà dall'impugnare il testamento nel quale il padre lo diserederà, il contratto è chiaramente illegale. Ma che cosa è a dire quando l'erede necessario

³²⁾ LEYSER, *Meditat. ad Pand.* Specim. XCIII Cor. 3.

³³⁾ Arg. cap. 2 *de pactis in bto.*

³⁴⁾ L. 94 D. *de acquir. vel omit. hered.* [29, 2], L. 16 D. *de suis et legitim. hered.* [38, 16], L. 3 C. *de collation.* [6, 20].

³⁵⁾ Tom. V lib. XXXIX tit. I pag. 21f.

³⁶⁾ STRAUCK, loc. cit. cap. III num. 2 spiega ciò molto bene quando dice: *quod fit gerendo se erga filium ex officio paterne, non ἀκατακτώνως inofficiose, nempe si ei relinquit, quantum legibus debebatur.*

fosse stato pienamente soddisfatto dalla sua legittima? Secondo ULPIANO ³⁷⁾ gli potrebbe essere opposta la *exceptio doli* quando egli, contro l'avvenuta rinunzia, volesse promuovere l'azione d'inofficiosità. Veramente ULPIANO parla del padre quando dice: *Si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea viuus in eum filius quantum satis est* (indubbiamente la legittima) *contulit, ne iudicia eius inquietet, exceptione doli repellitur*. Ma si può fondatamente asserire che egli non avrebbe risposto diversamente nel caso che la parte soddisfatta fosse il figlio. È nondimeno tutt'altra questione se anche dopo la Novella 115 si opporrebbe al figlio o al padre la eccezione del dolo. Io credo di poter proprio rispondere negativamente in base alle chiare parole del cap. 3 e 4 di questa Novella, perchè GIUSTINIANO dice espressamente che ai genitori non deve esser permesso di diseredare o preterire i loro figli nè ai figli i genitori, *etsi quocunque donatione vel legato, vel fideicommissio, vel ALIO QUOCUNQUE modo partem legibus illis debitam dederint* se a causa d'ingratitude non siansi resi meritevoli della diseredazione e non venga indicato uno dei motivi fissati nella legge. Questa legge pertanto offrirebbe la più efficace replica contro la *exceptio doli*. E così la odierna applicabilità della L. 35 § 1 C. h. t. non lascia sussistere alcun ragionevole dubbio ed essa è inoltre specialmente confermata dalle decisioni dei più ragguardevoli collegi giudicanti tedeschi ³⁸⁾. Invece non è motivo di alcun dubbio che dopo la morte del testatore possa esser fatta validamente la rinunzia alla querela e GIUSTINIANO stesso lo dice nella citata L. 35 § 1 C. h. t. *Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos (i. e. cum heredibus paternis) filius celebravit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit*. Tuttavia questa rinunzia non solo può esser fatta espressamente mediante convenzione ³⁹⁾ (al che riferisce il caso citato

³⁷⁾ L. 1 § 3 D. *si quis a parente manumiss.* [37, 12].

³⁸⁾ Vedi de CANNegiesser, *Decision. Hasso-Cassellan.* tom. I Decis. CLI numeri 1-3 e num. 6 pag. 647 seg. — PÜTTERS *Auserlesene Rechtsfälle* vol. 1 parte 3 Resp. XCIII numeri 22 e 23 pag. 798. — Ge. LUT. BÖHMERS *Auserlesene Rechtsfälle* vol. 3 Resp. 195 num. 23 pag. 194 e specialmente KLEINS *Merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät* vol. 1 num. XXXIII pag. 247 seg.

³⁹⁾ STRAUCH, loc. cit. cap. V num. 1 seg. Se tuttavia l'erede testamentario non dovesse adempiere convenientemente il patto, resta impregiudicato al diseredato di promuovere tuttora l'azione d'inofficiosità. L. 27 pr. D. h. t.

da PAOLO ⁴⁰⁾): *si in testamento adscripserim post mortem patris, consentire me. Repellendus sum ab accusatione*), ma anche tacitamente, quando cioè il diseredato compie tale azione per la quale riconosce il testamento come valido e l'erede testamentario come vero erede. Tale azione è

I. il ricevere un legato dalle mani dello erede istituito ⁴¹⁾. Viene presupposto qui

a) che il diseredato chieda il legato per sè. Poichè colui che lo domanda, in qualità di erede, pel suo pupillo non rinunzia così in alcun modo alla querela che gli spetta, compiendo egli un atto per dovere d'ufficio ⁴²⁾. Diversamente andrebbe la cosa, se egli presentasse la sua domanda bensì per un altro, ma non per dovere d'ufficio, sìvvero come avvocato o volontario procuratore ⁴³⁾.

b) Che il diseredato abbia ricevuto il legato dalle mani dello erede. Quando pertanto il legato è tale che il diseredato, senza domandarlo, ne è già in possesso, come, per esempio, il legato di remissione di un debito, ciò non impedisce al diseredato di promuovere la querela, poichè manca un atto col quale sia riconosciuto il testamento ⁴⁴⁾.

⁴⁰⁾ L. 31 § 4 D. h. t. Se il figlio avesse scritto di propria mano nel testamento paterno la sua diseredazione, questa non sarebbe riputata invalida e il pretore non accorda in tal caso al figlio la *Bonorum possessio contra tabulas* L. 8 § 6 D. *de bonor. poss. contra tab.* Vedi WEBER su HÖPFNERS *Commentar* § 660 nota * pag. 721 e DANIELS, *Diss. de Senatusconsulto Liboniano* (Bonae 1791) § 20.

⁴¹⁾ L. 5 D. *de his, quae ut indignis. Post legataum acceptum, non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: inofficiosum autem dicere non permittitur.* Aggiungasi L. 8 § 10, L. 12 § 1 D. h. t. Se il diseredato abbia agito pel legato e sia stato respinto con la sua azione perchè il testatore lo ha poi revocato, egli non perde il suo diritto alla querela. L. 12 § 2 D. h. t.: *Si, cum filius dum legataum instituit petere, summotus, repetat inofficiosi querelam, praescriptione removendus non est. Quumvis enim agendo testamentum comprobaveri, tamen est aliquid quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.*

⁴²⁾ § 4 I. h. t. Riguardo a questo caso è da intendere anche la 10 § 1 D. *eod.* dove MARCELLINO dice: *Illud notissimum est, eum qui legataum perceperit, non recte de inofficioso testamento dicturum nisi id totum alii administravit.* Vedasi POTHIER, *Pandect. Justin. t. I h. t. num. XLVI nota b* pag. 197.

⁴³⁾ L. 32 pr. D. h. t.

⁴⁴⁾ L. 12 § 3 D. *eodem.*

Ma che cosa è a dire quando il testatore avesse lasciato a taluno un legato sotto la condizione di sborsarne una parte al diseredato e questi avesse ricevuto la somma dalle mani del legatario? Stando ad ULPIANO ⁴⁵⁾ si deve fare una distinzione secondo che il diseredato abbia o no promosso la querela. Nel primo caso il ricevimento del legato non gli può pregiudicare; l'attore riceve ciò come acconto sulla intera eredità che domanda. Infatti se egli vince la lite, ottiene senza altro tutto ciò che il legatario ha ricevuto. La continuazione del processo deve considerarsi qui come una protesta che il diseredato non intende così di fare rinunzia alcuna alle sue ragioni. Nel secondo caso invece ULPIANO ritiene che il ricevimento del legato sia un riconoscimento della volontà del testatore e il diseredato non possa ulteriormente impugnare il testamento.

Ma questa decisione non sarà stata modificata dalla Novella 115?

Molti giureconsulti ⁴⁶⁾ affermano realmente che secondo la Novella 115 il ricevimento di un legato non escluda più l'azione d'inefficienza in alcun caso, perchè secondo il disposto di questa legge i legati conservavano la loro validità, sebbene il testamento fosse rescisso. Eppure si deve distinguere se la querela fu promossa da collaterali, ovvero da discendenti o ascendenti. Nel primo caso si rimane in tutto

⁴⁵⁾ L. 8 § 10 D. h. t.: *Si conditioni parere testator heredem iussit in persona filii vel alterius, qui eandem querelam movere potest: et sciens is accepit; videndum est, ne ab inofficiosi querela escludatur. Agnovit enim iudicium. Idem est, et si legatarius si vel statu liber dedit. Et potest dici excludi eum, maxime si heredem ei iusserat dare. Ceterum si legatarium; numquid semel natam inofficiosi querelam non perimat legati oblatio? Cur ergo in herede absolute diximus? Quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela. Ergo eventum puto sequendum in hac re: ut si forte antequam iudicium moveatur oblatio ei fiat eius, quod relictum est quasi ex voluntate testatoris oblatio eo satis ei factum videatur.* — Antonio FABER in *Rational. ad Pand.* non vuol ravvisare qui altro che tribonianismi; ma Ulrico HUBER in *Eunom. Rom.* ad h. L. pag. 251 seg. ha fondatamente dimostrato come non vi sia neppure il minimo fondamento per ciò. La legge stessa, che è un po' oscura, è stata molto bene spiegata da WESTPHAL, *Lehre des R. R. von Testamenten* § 1082. Si confronti anche POTHIER, *Pandectae Iustin.* t. I h. t. num. XLV.

⁴⁶⁾ VOET, *Commentar. ad Pandect. h. t.* § 13. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. II specim. XCIII medit. 7. — MADIHN, *Princip. iur. Rom. de successione* § 264. — KOCH, *Meditat. ad SCHAUMBURGII, Compendium Dig.* Specim. 5. — HOFACKER, *Princip. iuris civ.* tom. II 1703 e MALBLANCK, *Dig.* tom. III § 699.

al precedente diritto. Nel secondo al contrario si ha riguardo se il testatore abbia ingiunto il pagamento del legato a favore del diseredato all'erede stesso o semplicemente ad un legatario. Nell'ultimo caso ritengo che il ricevimento di un legato dalle mani del legatario non impedisca, secondo la Novella 115, al diseredato di promuovere l'azione d'inofficiosità. Infatti l'attore, secondo questa Novella, può riconoscere per sempre il legatario come tale, senza che perciò abbia già riconosciuto nell'erede stesso tale qualità ⁴⁷⁾. Invece nel primo caso il ricevimento di un legato dalle mani dell'erede contraddice palesemente al proposito d'intentare la querela. Questa contraddizione non può esser tolta di mezzo dalla Novella 115, poichè GIUSTINIANO parla ivi di quei legati che sono da pagare ad un terzo, non di quelli che furono lasciati al diseredato. Specialmente devesi riflettere qui che quei legati di cui parla la Novella 115 cap. 3 e 4 non sono da pagare dall'erede istituito nel testamento, ma dal diseredato che abbia vinto la lite. Ora siccome quando il testamento vien rescisso come inofficioso, l'erede non può pagar più i legati, ne segue che il diseredato, ricevendo un legato dalle mani dell'erede istituito, lo ha, anche adesso dopo la Novella 115, riconosciuto come vero erede. In ciò concorda pure la maggior parte dei giureconsulti ⁴⁸⁾.

Un tacito riconoscimento del testamento avviene pure

2. mediante ogni altro atto, che il diseredato non poteva compiere senza riconoscere l'erede testamentario come vero erede. Così se egli comprò dall'erede cose appartenenti all'eredità o prenda in affitto beni ereditari o paghi all'erede ciò che egli doveva al testatore, o domandi all'erede ciò che a lui stesso doveva il testatore ⁴⁹⁾. In niun modo può dirsi, nondimeno, riconosciuta la volontà del testatore per questo che il diseredato sia divenuto erede del coerede istituito nel

⁴⁷⁾ Vedi GAMBESJAEGER, *Diss. de testamento in genere, in specie inofficioso* parte IV § 10 pag. 73. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* lib. 2 § 819 in fin. pag. 234. — BOOK, *Lehre von der Enterbung* § 24 pag. 79 seg.

⁴⁸⁾ LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect. h. t. § 32.* — FRANC. ALEF, *Diss. de viribus legati ex testamento inofficioso acceptati.* — MICH. GOD. WERNHER, *loc. citissim. Commenta. in Pand. h. t. § 15.* — MÜLLER, *Observat. pract. ad Leyserum* tom. I fasc. II obs. 230 e WESTPHAL, *Von Testamenten* § 1187.

⁴⁹⁾ L. 23 § 1 D. de inoff. testam.

testamento inofficioso. Qui l'azione d'inofficiosità può esser sempre promossa contro l'altro coerede, come PAOLO ⁵⁰⁾ dice: *Si heres extiterim ci, qui eo testamento institutus est, quod de inofficioso arguere volo; non mihi nocebit: maxime si eam portionem non possideam vel iure suo possideam*. Che qui si tratti di tal testamento, in cui vi era più di un erede istituito, è posto fuor di dubbio dalle parole *maxime si eam portionem* (cioè la parte della eredità che il defunto erede testamentario aveva ricevuto dal testamento inofficioso) *non possideam* che il POTHIER ⁵¹⁾ intende nel senso che forse l'erede defunto aveva già durante la sua vita, alienato questa parte dell'eredità. Idea ben più esatta di quella del WESTPHAL ⁵²⁾ il quale vuol riferire queste parole alla parte dell'eredità *quam possidet alter coheres*, contro cui il diseredato vuole agire. Ma le ultime parole presentano difficoltà agli interpreti. Ant. FABER ⁵³⁾ le ritiene un emblema di TRIBONIANO e crede inoltre che le parole *iure suo* siano corrotte e che debbasi leggere *pro suo*. Ma infondatamente, come Ulrico HUBERO ⁵⁴⁾ ha già in contrario ricordato a buon diritto. HUBERO spiega queste parole nel senso che il diseredato possieda la parte dell'eredità, che il defunto erede ricevette dal testamento, *alio quam hereditario iure*, per esempio, a cagione di compera. In ciò è d'accordo anche VOET ⁵⁵⁾. WESTPHAL ⁵⁶⁾ presenta un caso, in cui il diseredato è divenuto erede pupillare dell'erede istituito e richiamasi ai Basilici ⁵⁷⁾, dove le parole così suonano *ἢ ἐξ ἰδίου μου δικαίου νεύουμι αὐτοῦ* i. e. *vel proprio meo iure eam possideam*. Qui il diseredato sarebbe bensì erede dell'erede istituito, ma non dovrebbe a lui l'eredità quanto piuttosto l'acquisterebbe per un diritto accordatogli dal proprio padre. Ma le parole *suo iure* possono difficilmente equivalere qui a *meo iure*, sìvero accennano, come JENSIUS ⁵⁸⁾ affatto esattamente le spiega, al diritto del defunto erede

50) L. 31 § 2 D. h. t.

51) *Pandect. Inst.* t. I h. t. num. XLVII nota d pag. 197.

52) *Theorie des R. R. von Testamenten* § 1031 pag. 766.

53) *Rational.* ad h. L. *Pandectar.*

54) *Eunomia Rom.* pag. 265.

55) *Commentar ad Paul.* h. t. § 34 in fine.

56) *Loc. cit.*

57) Tom. V lib. XXXIX pag. 206.

58) *Stricturae ad Rom. iur. Pandect.* pag. 34.

testamentario, di cui è diventato erede il diseredato; *suo iure* equivale ad *iure ereditario*, come POTHIER ⁵⁹⁾ dice. Il senso è pertanto questo, che sebbene io possieda questa parte come erede dell'erede istituito, la querela è fondata anche in tal caso: non si può dire infatti che sia così riconosciuto in alcun modo il testamento. La eredità, che il mio autore ha raccolto, è affatto diversa da quella che io raccolgo e questa non ha alcuna influenza sulla prima ⁷⁾.

La querela non ha luogo inoltre

II. quando la diseredazione sia stata fatta *bona mente*. Io ho trattato già diffusamente di questa in un altro luogo (§ 551, pag. 493 seg.). Se tuttavia la causa, per cui fu fatta, fosse poi venuta meno (per esempio: il figlio infermo di mente ricupera la sanità o il figlio oberato si è nel frattempo accordato coi creditori e paga i suoi debiti, così che essi non hanno più crediti verso di lui) il testamento, se in questo caso non sia stata almeno legata la legittima, può essere impugnato secondo l'opinione di più giureconsulti ⁶⁰⁾ o per lo meno si può agire pel supplemento della legittima. Inoltre

III. la *querela inofficiosi testamenti* non ha luogo nei testamenti dei soldati tanto se il testamento fu fatto nel campo secondo il diritto militare, quanto se lo fece un *filius familiae* riguardo al *peculium castrense* secondo il diritto comune ⁶¹⁾. Tale testamento non può essere impugnato come inofficioso, se anche l'erede intestato escluso fosse un soldato ⁽²⁾. GIUSTINIANO conferì un simile privilegio al *peculium quasi castrense*, così che un testamento relativo ad esso non può essere impugnato in alcun modo con la *querela inofficiosi* ⁶³⁾ ^{u)}. Questo

⁵⁹⁾ Loc. cit.

⁶⁰⁾ VOET, *Comment. ad Dig. h. t. § 22.* — *Luc. van de POLL, De exheredit. et praeterit.* cap. LXVII § 9. — *BOOK, Lehre von der Enterbung* § 21.

⁶¹⁾ L. 9, L. 54 C. h. t. *Luc. van de POLL, cap. LXVI.* — *HOFACKER, Princ. iuris cir.* tom. II § 1706.

⁶²⁾ L. 27 § 2 D. h. t.

⁶³⁾ L. 37 § 1 C. eodem.

^{r)} Sulla esegesi di queste fonti esaminate dal GLÜCK, vedasi anche FRANCKE, op. cit. pag. 320 seg.; MÜHLENBRUCH, XXXV pag. 441 seg.

^{u)} Questo punto è diligentemente trattato da FRANCKE, op. cit. § 35. La costituzione di GIUSTINIANO intorno al privilegio del *peculium quasi castrense*, si può spiegare pen-

privilegio vale per un *filius familias* riguardo al *peculium castrense* anche allora che abbia ottenuto il suo congedo, ma ha luogo soltanto durante la patria potestà⁶¹⁾. Se quindi muore dopochè egli è divenuto *sui iuris*, il testamento è soggetto alla querela perchè sparisce ogni concetto di peculio⁶⁵⁾. Se invece un soldato, che era *sui iuris*, abbia fatto un testamento militare e muoia, dopo ottenuto il congedo, si considera se la sua morte sia avvenuta entro l'anno dal congedo o dopo. Nel primo caso il testamento è valido e non può essere impugnato come inofficioso, lo può nel secondo caso⁶⁶⁾. Tuttavia PAPI-
NIANO⁶⁷⁾ dice espressamente che la querela è promuovibile contro il testamento di un *pater familias veteranus* che egli abbia fatto soltanto dopo ottenuto il congedo, se anche abbia testato intorno al patrimonio acquistato nel servizio militare.

Più giureconsulti⁶⁸⁾ voglion nondimeno sostenere che secondo la Novella 115 cap. 3 ai *filii familias* non spetti più alcun privilegio, per lo meno allorchè testano secondo il diritto comune intorno al *peculium castrense* o *quasi castrense*^{v)}. In questo caso, senza legittima,

⁶¹⁾ Per lo innanzi non spettava più alcun privilegio al veterano, anche durante la patria potestà, riguardo al *peculium castrense*, come Io. Fern. de RETES lib. V *Opuscul.* cap. 3 num. 18 (in *Thes.* MEERMANN, t. VI pag. 251) ha dimostrato. Ma GIUSTINIANO lo ha accordato anche ai *filii familias veterani* quando testano intorno al loro *peculium castrense*. L. ult. C.

⁶⁵⁾ L. 37 § 2 C. h. t.: *Sed hoc obtinere oportet, donec in sacris parentum suorum constituti sunt hi, qui quasi castrense peculium possident. Si enim sui iuris efficiuntur procul dubio est, eorum testamenta et pro ipsis rebus, quas antea ex quasi castrensi peculio habeant, posse de inofficioso querelam sustinere, cum neque nomen peculii permanet.* Vedi WESTPHAL, *Von Testamenten* § 784.

⁶⁶⁾ L. 8 § 4 D. h. t. Vedi WESTPHAL, loc. cit. § 783.

⁶⁷⁾ L. 8 § 3 D. h. t.

⁶⁸⁾ Viglius ZUICHEMUS *Comm. ad pr. I. de milit. testam.* — De RETES loc. cit. num. 20. — Ger. NOODT, *Comm. ad Dig. h. t. circa fin. t. II Oper.* p. 174. — Luc. van de POLL, *De exhered. et praeterit.* cap. LXVI § 7 seg. — STREUV, *Syntagm. iuris civ. Exerc.* X th. 39. — STRYCK, *Us. mod. Pandectar. h. t.* § 14. — EMMINGHAUS ad COCCEJI, *ius controv. h. t.* Qu. 19 nota 5. — HÖPFNER, in *Commentar. über die Institutionen* § 458 nota 2 confront. con § 454 nota 1.

sando che alla vera e propria *militia* si era assimilata la *coelestis militia* (clero) e la *literata militia* (funzionari dello Stato, avvocati). Cfr. L. un C. *de castr. omn. palat.* [12, 31], L. 14 C. *de advoc. divers. iudic.* [2, 7].

v) Nello stesso senso con la glossa (ad L. 37 C. *de inoff. testam. voc. testamenta*)

non dovrebbero poter diseredare coloro cui, secondo le leggi, spetta la legittima; altrimenti il testamento potrebbe essere impugnato come inofficioso. Soltanto nel vero e proprio testamento militare, che un soldato avesse fatto in campo il più volte ricordato privilegio conserverebbe la sua validità. Veramente questa opinione ha a suo favore le parole del cap. 4 della Novella 115, dove GIUSTINIANO dice: *non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare*. Infatti, dacchè i figli, i quali sono *sui iuris*, possono testare, senza distinzione, riguardo al loro patrimonio, sembra che qui l'imperatore abbia pensato al *peculium castrense* o *quasi castrense*. Ma con ciò non si può opportunamente accordare quello che GIUSTINIANO dice nella Novella 123 [Zach. 115] cap. 19 in cui ingiunge ai figli che hanno abbracciato lo stato ecclesiastico, in quanto testano intorno al loro *peculium quasi castrense*, il dovere di lasciar la legittima ai loro genitori. Secondo quella opinione tale disposizione sarebbe stata affatto superflua. Siccome ciò non si può sostenere, quello che GIUSTINIANO ha stabilito nella Novella 123 cap. 19 può esser ben ravvisato come un'eccezione, la quale nei casi non eccettuati tanto più conferma il privilegio come regola, quanto più è noto che i privilegi, che sono stati impartiti da precedenti leggi, non sono aboliti dal disposto generale di una nuova legge, se chiaramente non si veda da questa, tale essere stata l'intenzione del legislatore ⁶⁹⁾ x). Questa opinione ha pure a suo favore l'opinione dei più celebri giureconsulti ⁷⁰⁾.

⁶⁹⁾ Vedasi la parte prima di questo commento § 93 pag. 514 (Ediz. ital., Libro I, pag. 405).

⁷⁰⁾ DONELLUS *Commentar. iur. civ.* lib. XIX cap. 5. — LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pandect. h. t.* § 28. — HUNNICUS *Variar. resolution. iuris civ.* lib. II Tract. VII Qu. 17. — De COCCEJI, *Ius civ. controuv. h. t.* Qu. 19. — BÖHMER, *Introduct. in ius Dig. h. t.* § 14. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1707 e nota d. — MALBLANCK, *Princip. iur. Rom.* tom. III § 699 num. II. — GAMBJÄGER, *Diss. de testam. in specie inofficioso* parte IV § 5 e specialmente Io. God. BAUER, *Diss. de peculio quasi castrense studiosorum* (Lipsiae 1726) § 33.

FRANCKE, op. cit. pag. 450. Tuttavia, ciò deve dirsi riguardo alla querela dei discendenti e ascendenti perchè la Novella non parla di collaterali.

x) Il GLÜCK si appoggia, come vedesi, all'argomentazione del DONELLO (nota 70). Ma

IV. Quando il padre indica, per mezzo di sostituzione pupillare, l'erede del suo figlio impubere, può escludere la madre corporale del figlio senza che il testamento possa essere impugnato come inofficioso. ULPIANO ⁷¹⁾ ne dà questa causa: *quia pater testamentum fecit*. Qui niente è stato mutato dalla Novella 115, come alcuni ⁷²⁾ vogliono sostenere, essendo infatti un'errata presupposizione che GIUSTINIANO abbia introdotta con essa un nuovo mezzo giuridico. Finalmente ^{a)}

V. uno speciale motivo per cui cessa la querela nella preterizione di fratelli e sorelle è la eguale turpità dell'attore, poichè qui il preterito non può dire che gli sia stato fatto torto ^{73) b)}.

§ 561.

La querela inofficiosi testamenti è una vera petitio hereditatis.

Per aprirsi la via alla dottrina della *hereditatis petitio*, il nostro autore osserva già alla fine di questo titolo che l'azione d'inofficiosità sia da annoverare fra le specie della petizione d'eredità e ciò che in

⁷¹⁾ L. 8 § 5 D. h. t. cap. 1 *de testam.* in 6to. Vedi sopra § 543 nella sesta parte di questo commento pag. 572 (Edizione italiana, Libro V, tit. 2 § 543, pag. 345-346).

⁷²⁾ SCHNEIDT, *Diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule* § 33. — BOOK, *Lehre von der Enterbung* § 24 pag. 75 seg.

⁷³⁾ DONELLUS *Commentar. iur. civ.* lib. VI cap. 15 pag. 243. — FRAT. OVERBECK, *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* vol. IV medit. 219 e altri più, che ho citato in altro luogo di questo commento, parte quinta § 384 nota 2 pagina 206 (Ediz. ital., Libro III, Tit. VI § 384, pag. 93).

la Novella 115 mostra che l'intenzione del legislatore era proprio di abolire i privilegi di tutti i *fili familias*. Nel cap. 4 dicesi infatti: « Sancimus igitur non licere liberis parentes suos praeterive, aut quolibet modo a rebus propriis in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare ». Le parole *rebus - licentiam* riferisconsi ai *fili familias* che potevano testare col privilegio ricordato. Il ricordo speciale degli ecclesiastici nella Novella 123 c. 19 non nuoce, poichè è niente più che un'espressa abolizione del privilegio a loro prima concesso.

a) Cfr. FRANCKE, op. cit. § 36.

b) Sulla questione già accennata dal GLÜCK, § 559, se la querela cessi quando il titolare della legittima abbia qualche altro mezzo giuridico e in pari tempo sul carattere sussidiario di quella cfr. SCHNEIDER, *Die allgem. subsid. Klagen des röm. Rechts*, pag. 440 seg.; BLUNTSCHLI, *Erbfolge*, pag. 158; MÜHLENBRUCH, XXXV pag. 358 nota 37.

genere vale per questa abbia luogo per quella. Veramente su ciò non sono d'accordo tutti i giureconsulti, poichè molti ⁷¹⁾ voglion ritenere la querela un mezzo giuridico semplicemente preparatorio col quale possa esser domandata soltanto la rescissione del testamento inofficioso; la restituzione dell'eredità dovrebbe poi essere ottenuta soltanto con la *petitio hereditatis*. Ma già in altro luogo è stato dimostrato (pagina 616 [ted. 360]) come la querela del testamento inofficioso sia una vera ed anzi qualificata petizione di eredità ⁷⁵⁾. Gli argomenti della opposta opinione sono stati pure così estesamente e fondatamente confutati già da *Giusto Henning BOEHMER* ⁷⁶⁾ che a ragione ci si deve maravigliare come, ciò non ostante, quella abbia potuto trovare tanti seguaci anche fra i moderni giureconsulti.

⁷⁴⁾ Vedasi più sopra § 552 pag. 361 nota 3 (Ediz. ital. pag. 617). A questi è da aggiungere HUNNIUS *Variar. resolution. iuris civ.* lib. II Tract. VII Quaest. 18.

⁷⁵⁾ Si confronti anche Ioz. AVERANII, *Interpretat. iuris* lib. I cap. 8 num. 4 e 5.

⁷⁶⁾ *Diss. de querela inoff. testam. fratrum consanguineorum* §§ 9-12.

TITOLO III.

De hereditatis petitione ^{a)}.

§ 562.

*Concetto e specie diverse della petizione di eredità. Prova della morte.
Successione nel patrimonio di uno scomparso.*

I mezzi giuridici i quali possono essere adoperati per un diritto ereditario che ci spetti sono di più specie ⁷⁷⁾. O viene posto in discus-

⁷⁷⁾ Vedi Ernst. Christ. WESTPHAL, *Systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamenten, ecc., den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen Rechtsmitteln* (Leipzig 1790) parte 5.^a pag. 195 seg. — Barthol. Leonh. SUENDENDOERFER, *Tr. theor. pract. de actionibus successoriis* (Lipsiae e Francof. 1695-1703-1712, 4) — e Lud. Ger. MADHN, *Princ. iur. Rom. de success.* § 256 seg. pag. 334 seg.

a) Devesi aggiungere tosto come supplemento alla letteratura posteriore al Glück. W. FRANCKE, *Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione* (Göttingen 1864). Tra le monografie è da citare poi ARNDTS, *Beiträge zu verschied. Lehren des Civilr. und Civilpr.* I num. 1; *Wesen und Umfang der hereditat. petitio* (Civ. Schr. II num. 47); BUCHHOLTZ, *Jurist. Abhandl.* n.° 1 (Königsberg 1833; COHN, *Vorausss. der h. p.* (Bresl. 1883); DERNBURG, *Ueber das Verhältniss der hereditat. petitio zu den erbrechtl. Singularklagen* (Heidel. 1852); FABRICIUS *Bemerk. über die hered. pet.* nel *Rhein. Mus. f. Jurispr.* IV p. 165-211; ROSSHIRT, *Das testament. Erbrecht* (Heidelb. 1840) II p. 1-55; SCHRÖDER, *Das Commodum der Erbschaftsklage* (Heidelb. 1876; THIBAUT, *Ueber das Verhältniss des Beklagten bei der Erbschaftskl.* in *Archiv f. die civilist. Praxis* VII (1833) p. 224-232; ZIMMERMANN, *Beitrag zur Lehre von der hered. petit.*, in *Archiv für die civilist. Praxis* XXIX (1846). Dei manuali di Pandetto vedi specialmente ARNDTS-SERAFINI, § 531 ; BRINZ, §§ 400-402; DERNBURG, §§ 172-174; VANGEROW, §§ 506-508; WENDT, § 379; WINDSCHEID, §§ 611-616. Cf. inoltre SINTENIS, *Das prakt. gem. Recht* III, §§ 190-192. Pel diritto odierno: SERESIA, *De la pétition d'hérédité en droit moderne* (Bruxelles 1873); TARTUFARI, *Del possesso qual titolo di diritti* (Torino 1878) II numeri 385-630. Tra gli espositori del diritto francese e italiano mi limiterò a citare ARNTZ, *Cours de droit civ. franç.* II num. 1650-1675; BORSARI, *Commentario del Cod. civ.* III, 1 §§ 2008-2026; PACIFICI-MAZZONI, *Cod. civ. ital. comm.* V n. 101 seg., *Istit. di dir. civ.* VI 3.^a ediz. (Firenze 1889) num. 221 seg.; LAURENT, *Principes de droit civil français* IX num. 503 seg.; RICCI, *Corso teorico prat. di dir. civ.* IV num. 18.

sione il diritto dell'attore, o viene ammesso dal convenuto e quindi si agisce semplicemente per la quota personale, che riferiscisi alla

Il SERESIA, op. cit. num. 27, osserva che il Codice civile francese sulla petizione di eredità è « d'un étonnant laconisme ». La stessa osservazione fa il RICCI pel Codice nostro; quindi insegna che si deve ricorrere ai « principi generali di diritto » non presentando il nostro Codice nè i caratteri costitutivi nè alcuna norma sull'azione di petizione d'eredità. Per lo stesso motivo il BORSARI aveva creduto necessario di fare una estesa esposizione della dottrina romana della *petitio hereditatis*. Io non voglio qui entrare direttamente in una possibile controversia se non sia il caso di parlare anche di analogia di legge, contenendo il Codice disposizioni sulla rivendicazione ed essendo noti i rapporti fra la *rei vindicatio* e la *hereditatis petitio*. Codici di carattere pratico, come il francese e l'italiano, dovevano necessariamente limitarsi a fissare talune più importanti norme pratiche intorno alle azioni, ma non potevano certo addentrarsi in una dottrina espositiva di queste. Tuttavia qualche altra norma sarebbe stata desiderabile; anzi, come vedremo, necessaria. Tale bisogno è egregiamente riconosciuto nei *Motive zu dem Entwurf eines burg. Gesetz. f. d. deutsche Reich*. V pag. 576. Un completo trattato (tolto dal diritto romano) sulla petizione d'eredità trovasi nel Codice sassone del 1863. *Sächs. Gesetzbuch* §§ 2291-2323. Lo SCHÜTZE in HOLTZEND., *Rechtslex. u. v. Erbschaftsklage*, aveva detto che questa codificazione servirà di base e di modello alle legislazioni future. Il progetto di Codice civile tedesco dedica 12 paragrafi alla petizione d'eredità (*Erbschaftsanspruch*), non scostandosi dal diritto romano, ma eliminando, come superflue, talune disposizioni dal codice sassone. *Motive* V p. 593 seg. Pel testo vedi *Entwurf eines burg. Gesetzbuches f. das d. Reich* §§ 2080-2091. Cfr. pel di più la mia appendice a pag. 816.

Non si dimentichi poi del resto che oggi non importando tanto il nome dell'azione quanto piuttosto il fondamento del diritto che essa tutela, non è affatto necessario per la pratica che si indichi nel Codice il preciso nome romano o tradizionale di un'azione. E per quanto un Codice abbia un carattere pratico e voglia rendersi intelligibile al maggior numero possibile di persone, presenta nei suoi articoli delle vere formule, i cui presupposti son da ricercarsi nella scienza stessa di cui debbono esser fornite le persone chiamate ad applicarle. Ma noi tocchiamo così una questione di alto interesse teorico e pratico che non vuole essere trascurata. Mentre, ad esempio, il BORSARI e con molta dottrina e convinzione il TARTUFARI cercano evidentemente di risalire alla teoria romana e pongono in luce la sua applicabilità all'odierna petizione d'eredità, il RICCI si propone di ricorrere (ed io credo la frase formalmente più precisa) ai principi generali di diritto. La stessa via in sostanza era stata additata dallo ZACHARIAE-AUBRY e RAU, *Cours de droit civ. fr.* § 616, quando dice che non trattando il Codice civile in alcun luogo specialmente della petizione di eredità è necessario dedurre la dottrina relativa in parte da principi generali, in parte da disposizioni analoghe. Infatti lo ZACHARIAE risolve le principali questioni del nostro argomento ricorrendo agli articoli 132 (diritti dello assente contro gli immessi nel possesso definitivo dei suoi beni), 548-49 (restituzione dei frutti nell'azione di rivendicazione), 1382 (colpa estracontrattuale) del Codice civile francese. Ma il SERESIA, op. cit. n. 37 seg., ha confutato egregiamente questo sistema e mostrato piuttosto come si debba ricorrere all'antico diritto francese che quasi totalmente aveva accettato qui il diritto romano. Sembra quindi opportuna per noi la stessa via, nè davvero ci mancano i trattatisti e i decidenti sull'argomento. Confr. ad es. DE LUCA *Dott. volg.* lib. IX cap. 4 n. 5, 6 e cap. 8 n. 4 e specialmente per la responsabilità dell'erede putativo il suo *Theatr. ver. De herede et her.* disc. 17 n. 6, *De regalib.* disc. 1. n. 7-10. Se non che l'art. 3 delle Disposizioni preliminari del nostro Codice civile

divisione di una eredità comune. Nel secondo caso è adoperata l'*actio familiae erciscundae*: della quale il dipiù sarà detto nel lib. X, tit. 2.

dispone: « qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principi generali di diritto ». Che cosa sono questi principi generali di diritto? Cf. la questione egregiamente trattata dai traduttori e annotatori (FADDA e BENSA) del WINDSCHEID, *Diritto delle Pand.* § 23 nota f. Rimoviamo anzitutto un'obiezione, diremo così, pregiudiziale. Il Codice parla di controversie, di casi speciali non decisi esplicitamente da esso e noi cerchiamo invece la teoria di un'azione. Si potrebbe credere che quell'articolo non fosse applicabile. Ma si cadrebbe nel deplorabile errore di considerare come due domini del tutto distinti la teoria e la pratica del diritto civile. L'avvocato e il giudice nella risoluzione di una controversia vertente anche intorno ad un singolo punto di un istituto giuridico, se vogliono emanciparsi da un gretto e dannoso empirismo, debbono muovere dalla stessa totale ed organica dottrina di quello, alla cui costruzione volgesi l'opera dello studioso nella scuola e fuori di questa. Il dotto interprete di un diritto vigente deve quindi al pari del pratico, e prima di questo, seguire quella via che il legislatore gli ha insegnato per supplire le lacune del proprio Codice. Tale giusta via s'incomincia a battere fortunatamente anche presso di noi, poichè allo empirico commento del Codice articolo per articolo si sostituiscono ormai le monografie e i trattati sopra i singoli istituti. Ora io convergo pienamente coi prof. FADDA e BENSA, loc. cit., che i principi generali di diritto cui allude il nostro Codice non consistono nell'astratto e indeterminato *diritto naturale* e neppure nei principi del diritto romano o comune, ma trattasi veramente di principi generali di diritto italiano. E si indicano così « i principi generali del sistema nostro positivo, le massime cui esso s'informa » (Cf. anche Cassaz. Palermo 21 giugno 1873, *Ann. giur. ital.* VII, 1, 464). A noi qui non importa la questione se la giurisprudenza possa venir considerata come fonte di diritto (cf. FADDA e BENSA, loc. cit.). Ma anche ammettendo che la dottrina e la giurisprudenza non possano creare oggi nuovi principi giuridici, l'operazione con cui si sale dai particolari, apparentemente sconnessi di un Codice, alle massime fondamentali di questo è piuttosto la formulazione di principi latentemente esistenti nella coscienza giuridica di un dato popolo (o a dir meglio nella speciale coscienza dei giuristi) che creazione di nuove massime. Se non che qui resta a vedere se le massime così trovate sieno sempre esclusivamente proprie del diritto italiano in figura distinta da quelle del diritto romano, ad esempio, nel nostro argomento della petizione di eredità. Ed allora si vedrà che i « principi generali di diritto », cui ricorre qui il Ricci, loc. cit., sono in massima parte quelle norme che il BORSARI e il TARTUFARI apertamente ascrivono al diritto romano. Anche l'egregio collega POLACCO, *Atti e Mem. Accad. di Padova* V. N. S. pag. 279, osserva che, per la petizione d'eredità si deve ricorrere alle Pandette. Così l'egregio e diligente traduttore italiano (LANDUCCI) del *Corso* di AUBRY et RAU § 146 dell'ediz. it. Forse per ciò non è esatta la ricordata interpretazione dell'art. 3, della *Disp. preliminar.*? Non lo crediamo. Sebbene il nostro Codice civile (*Disp. transitorie* art. 48) abbia inteso di abrogare tutte le leggi anteriori in materia civile, non ha preteso di formulare espressamente tutti i principi generali che sono come i presupposti dei singoli articoli. È quasi impossibile che vi sia qualche figura giuridica di cui non supponga l'esistenza il nostro Codice civile. Se anche sono principi di diritto romano, formano parte integrante della coscienza giuridica di quel periodo storico, di cui il Codice civile è la formula più o meno esatta. Così quei principi son divenuti parte integrante del diritto italiano in quanto convengono a tutto l'organismo di questo. È necessario pertanto vedere se con tale sistema od organismo si accordano, nè io sottoscrivo in alcun

Nel primo caso l'azione può essere petitoria o possessoria, secondo che è rivolta al diritto stesso di eredità o soltanto al possesso della eredità. L'azione petitoria mediante la quale si può far valere il proprio diritto di eredità, come diritto reale, è la *hereditatis petitio*, ossia l'azione a tutela dell'eredità o del diritto di eredità. Il mezzo giuridico possessorio invece con cui (quando si asserisce solo in qualche misura il proprio diritto di eredità) si può ottenere senza alcuna lungaggine il possesso dell'eredità è l'*Interdictum quorum bonorum* (lib. XLII, tit. 2) e quando l'erede testamentario ne abbisogna, posto che il testamento non abbia alcun vizio visibile, il *Remedium ex L. ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo* (§ 1844).

L'azione petitoria a tutela della eredità, o *hereditatis petitio*, è pertanto quell'azione reale che immediatamente scaturisce dal diritto.

modo al PACIFICI-MAZZONI quando scrive: « forse nessun principio generale del diritto romano è conservato in tutta la sua integrità nella patria legislazione » (*Istit. di dir. civ.*, I 2.^a ediz. pag. 155 nota 1). Onde il commento del GLÜCK a questo titolo è quasi del tutto di carattere pratico per noi. Ma per i bisogni della nostra pratica dovremo ricorrere alle fonti stesse o non piuttosto alla secolare interpretazione dei romanisti? Il LAURENT, *Principes de dr. civ.* IX num. 503, osserva (ed ha in gran parte ragione sotto il suo aspetto): « C'est POTHIER et non le Digeste qui sera notre guide et POTHIER a soin de marquer les changements que le droit moderne avait subi ». E noi pure dovremo (come ho fatto in altre note) ricorrere qui ai nostri teorici, consulenti e decidenti che hanno veramente formato un diritto romano odierno; ma se il metodo esegetico che richiama ormai nella scuola e nella scienza allo studio diretto delle fonti deve esercitare una benefica influenza sulla pratica, dovrà spronare questa a volgersi con fiducia al testo stesso. Siamo invero ormai usciti da quella assoluta tutela dei commentatori che impediva all'avvocato di citare dinanzi ai tribunali un passo del *Corpus iuris* secondo la interpretazione che a lui sembra più vera.

E appunto a servizio di chi voglia direttamente ricorrere all'importante titolo del Digesto *de hereditatis petitione*, giova ricordare col FRANCKE, *Exeg. dogm. Comment.* I pag. 3, che nella successione dei singoli frammenti di esso vedesi chiaramente la tendenza dei compilatori a presentare una sistematica trattazione della dottrina della *hereditatis petitio*.

Le LL. 1-8 del nostro titolo trattano dell'attore ed è notevole qui il collegamento dei tre fr. L. 1-3 (la frase *vel ex testamento* della L. 1 ha la sua diretta antitesi nell'altra della L. 3 *vel ab intestato*), ma vi sono pure inseriti dei passi riguardanti le cauzioni da prestarsi ad esso e la *exceptio praeiudicii*.

Nelle LL. 9-20 parlasi dapprima del convenuto e quindi del connesso argomento dell'oggetto della nostra azione.

Dalla L. 20 in poi si discorre delle prestazioni del convenuto e delle sue controprestese insieme ad alcune speciali trattazioni ed aggiunte.

La massa principale dei frammenti del titolo *de hereditatis petitione* è tratta dai commenti all'editto, perchè la petizione d'eredità fu esposta nella forma che aveva ricevuto mediante la *formula petitoria*, quantunque nell'editto dovesse ricorrere in questo punto anche la procedura *per sponsionem* (Cf. LENEL, *Das Edict. perp.* § 64).

ereditario e vien promossa pel riconoscimento del medesimo contro quel convenuto, il quale possiede la eredità *pro herede* o *pro possessore* e, cioè, col fine che questi venga condannato a restituire la eredità all'attore, in tutto o in parte, secondo l'indole del diritto ereditario contestato, con quanto vi si riferisce (*cum omni causa*)^b).

b) Nel nostro titolo del Digesto non ricorre una definizione della petizione d'eredità, ma ciò non deve fare meraviglia trovandoci qui noi nella stessa condizione che per le altre azioni e per gli altri istituti giuridici. Si osservi tuttavia che ULPIANO accenna in certo qual modo a descrivere l'indole della nostra azione quando insegna (L. 25 § 18 D. h. t.) che sebbene reale, *habet tamen praestationes quasdam personales*. Ed è del tutto consono alle fonti nostre il considerare la *hereditatis petitio* quale una *vindicatio hereditatis* a quella guisa che la *rei vindicatio* è una *vindicatio rei*. Cf. GAL., II, 20, IV, 17, L. 8 D. h. t.; L. 19 in fine D. *de inoff. testam.* La definizione della *hered. petit.* fa naturalmente pensare e indicare come oggetto di questa una *hereditas*. Ma essendo tale parola la espressione di un duplice concetto, o a dir meglio di uno stesso concetto guardato sotto due aspetti, trovasi negli odierni romanisti una teorica e sottile controversia sul contenuto della petizione di eredità, di cui tratterò nella mia nota *s* al § 566.

La definizione della petizione d'eredità data dal GLÜCK è accettabile anche di fronte al nostro diritto. Il SERESIA, op. cit. n. 95, critica la definizione di AUBRY e RAU § 616 perchè assimila non sempre esattamente l'erede apparente ai suoi aventi causa e soprattutto perchè si ferma a considerare quale oggetto della petizione d'eredità le cose stesse ereditarie, senza far pensare al prezzo dei beni venduti, ai crediti ereditari riscossi, al prezzo stesso della eredità venduta in blocco. Di qui poi procede il SERESIA a sostenere che la petizione d'eredità è oggi pure azione mista e concorda col GLÜCK. Di ciò in seguito. Intanto giova avvertire che il GLÜCK espone un concetto più completo e secondo le vedute giuste del SERESIA, con la frase finale della definizione « con quanto vi si riferisce ». Vedi poi l'analisi nel § 566 seg.

Si deve anche porre in rilievo che nella nostra definizione è esatta, secondo autorevolissimi civilisti, di fronte al diritto italiano la indicazione del convenuto con la frase romana usata dal GLÜCK. Si leggano su ciò le dotte considerazioni del TARTUFARI, op. cit. II n.º 336 seg. Cominciamo dal riferire i passi di ULPIANO (LL. 9 e 10 pr. D. h. t.): *Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam-licet minimam*. Come osserva anche il FRANCKE, *Exeg. dogm. Comm.* I pag. 133, quell'avverbio *regulariter* accenna ad esporre una regola che soffre alcune eccezioni e queste secondo il FRANCKE si riferirebbero ai casi di *acta possessio* e di *actio utilis* contro il compratore della eredità considerata come *universitas*. Ma è sembrato a taluni, anche romanisti, che la regola di ULPIANO non fosse abbastanza comprensiva e che lasci fuori molti casi se del possesso non si abbia un concetto troppo vago, come appunto quello di ULPIANO nella cit. L. 9 e che non si potrebbe ridurre ad una generale definizione (cf. MAYNZ, § 490 n. 27 seg.). Il TARTUFARI, loc. cit., crede invece che la locuzione di ULPIANO sia del tutto rigorosa e tecnica e quindi scientificamente e tecnicamente esatta anche per noi, purchè non vogliamo « aggiustare e foggiate le idee romane in troppo angusti stampi ». Pertanto si dovrebbe dire che la petizione d'eredità anche per diritto italiano è diretta contro chiunque *pro herede vel pro possessore possidet*. L'unico caso, apparentemente eccezionale, sarebbe quello di chi si rifiutasse di soddisfare a un debito o a una prestazione ereditaria protestando di non riconoscere nell'attore la qualità d'erede. Ma in questo caso già il POTHIER e sulla sua scorta il SERESIA, op. cit. n. 56 ed ora il TAR-

Questa *hereditatis petitio* o è diretta all'annullamento di un testamento opposto all'attore, o mira semplicemente al riconoscimento del diritto di eredità spettante ad esso. Nel primo caso dicesi *qualificata*, come l'azione d'inofficiosità di cui fu trattato nel titolo precedente, nel secondo *hereditatis petitio simplex*.

Se l'attore fonda sopra un esclusivo diritto di eredità, appellasi essa *universalis* o *totalis*; qualora egli sia invece soltanto in parte erede, è detta *hereditatis petitio partiaris* o *actio si pars hereditatis petatur*. Di questa al tit. 4.

TUFARI, loc. cit., hanno osservato che se il convenuto in alcuna guisa non accampa pretese alla successione, ovvero oppone che non gli sembra giustificata la qualità di erede nell'attore, questi non promuove una vera petizione d'eredità, ma deve « provare soltanto la sua qualità di erede, di fronte al debitore come fondamento precipuo della sua domanda ». Quindi l'effetto pratico sarebbe che il convenuto non incorrerebbe nelle responsabilità derivanti dal soccombere in una vera petizione d'eredità.

Con tutto ciò io non ritengo la regola di ULPIANO, che egli usa pure come generale (arg. L. 13 § 12 D. h. t.), così precisa e chiara che non debba ricevere ulteriori correzioni e determinazioni per quei casi nei quali è piuttosto da adoperare la *rei vindicatio* che la *hered. petitio*. Cf. il GLÜCK stesso § 565 (Ediz. ital. pag. 731). È noto che non era proprio della scienza classica di porre regole o norme generali e come si nutrisse sfiducia, a dir vero giustificata, contro le regole generali o *definitiones* (L. 202 D. de R. I. 50, 17.) Il caso di chi possiede *pro possessore* (*possideo quia possideo*) è così indeterminato e si presta a tante svariate supposizioni che soltanto con qualche sforzo si può far rientrare necessariamente nell'orbita della petizione d'eredità. Taluni (così anche PACIFICI-MAZZONI, op. cit. V n. 109) insegnano che questa è indispensabile qui perchè il convenuto non deve trar partito dalla sua mala fede e perchè il suo linguaggio che autorizza a tutte le supposizioni si interpreta nel modo più favorevole all'attore. Altri, come TARTUFARI, loc. cit., dice che piuttosto il convenuto col suo contegno perfettamente negativo s'intende che abbia impugnato tutti i diritti dell'attore. Onde qui la petizione d'eredità avrebbe due fondamenti giuridici: la lesione che si reca al diritto dell'erede e l'obbligo in lui, come attore, di giustificare pienamente la sua azione. Ma si potrebbe anche dire che qui il possessore non ebbe alcuna idea di negare nell'attore la qualità d'erede e che semplicemente profittando del suo possesso, attende che questi dimostri il suo diritto di proprietà sulla cosa. La qualità d'erede si potrebbe ravvisare qui, senza sforzo, come semplice fondamento del diritto di proprietà e quindi della rivendicazione che l'attore promuove. La pratica senti tanto queste incertezze che finì, come osserva il GLÜCK p. 520 (Ediz. ital. pag. 734), coll'ammettere il cumolo della petizione d'eredità con la rivendicazione. Cfr. per la nostra antica giurisprudenza che ciò pure ammetteva FABER, *Codex def. for.* lib. III tit. 21 def. 4. È troppo pericoloso d'altra parte ed urta contro la dottrina del possesso, chiedere al convenuto che dichiari il fondamento giuridico del suo possesso. E quando il RICCI, loc. cit. num. 18, insegna che per decidere se deve aver luogo la petizione d'eredità o la rivendicazione devesi guardare al possesso del convenuto, se, cioè, attenta alla qualità d'erede o a quella di proprietario nell'attore, pone, secondo me, una regola che non sempre è di facile applicazione, non potendosi sempre sapere a che cosa in modo preciso attenti il possesso del convenuto. Vedi anche più sotto pag. 738 nota t.

Riguardo all'attore ora dicesi assolutamente *hereditatis petitio*, quando è promossa da un erede civile diretto, ora riceve l'epiteto di *possessoria* quando la promuove l'erede pretorio (vedi tit. 5), ora *fideicommissoria* quando è promossa da colui cui è stata restituita l'eredità a titolo di fedecommesso e di questa più ci avverrà di parlare al tit 6^c).

Del resto una petizione d'eredità, di qualsivoglia natura sia, non è concepibile prima che sia morto colui, la cui eredità è oggetto di pretesa dell'attore. È infatti una cognita regola giuridica: *hereditas viventis non datur*.

Siccome ciò appartiene al fondamento dell'azione, l'attore deve provare la morte del relinquirente in quanto non sia notoria. Questa prova può esser fatta mediante testimoni i quali hanno sicura conoscenza della morte del relinquirente ⁷⁸⁾, e anzi vien richiesta qui la deposizione giurata di due testimoni ineccepibili ⁷⁹⁾: o mediante attestato dell'Autorità o del parroco nella cui parrocchia è defunto il relinquirente, o in altro modo mediante un autentificato certificato di morte ⁸⁰⁾. Un semplice *sentito dire* non è sufficiente; neppure una semplice notizia sui giornali ⁸¹⁾ ^{d)}.

78) STRUV, *Syntagm. iur. civ. exerc. X* § 66. — A. LEYSER, *Medit. ad Pand.* vol. II specim. XCV.

79) LEYSER, c. I. medit. 11-14. Un testimone non basta per la prova della morte. D'altra opinione è bensì MÜLLER *ad STRUVIUM*, l. cit. nota a. Ma si veggia LEYSER, cit. *Specim. medit.* 15 e 16. Non sono ammissibili testimoni i quali depongano solo *de auditu*. — MEVIUS, parte V decis. 34.

80) HOFACKER, *Princ. iur. civ.* tom. II § 1681.

81) LEYSER, cit. *Specim. medit.* 19.

c) Oggi, come anche giustamente il PACIFICI-MAZZONI, op. cit. V pag. 169, osserva, la petizione d'eredità non ha più la qualifica di diretta e fedecommessaria, diretta ed utile e possessoria. Resta invece anche nel nostro diritto, come si dirà, la parziale petizione d'eredità.

d) Chi vuol far valere diritti successori deve dar prova della morte del *de cuius* mediante l'atto di morte, conforme alle norme che regolano gli atti dello stato civile.

La prova per testimoni o documenti non è ammessa eccezionalmente che nei casi indicati dall'art. 364 Cod. civ. (mancanza, distruzione o smarrimento dei registri dello stato civile). Le presunzioni di sopravvivenza che gli interpreti dedussero dal diritto romano, basandole sul criterio del sesso, dell'età, della robustezza non hanno più efficacia. L'art. 924 Cod. civ. dispone che trattandosi di persone chiamate a succedere l'una all'altra, chi sostiene la morte anteriore di una di esse deve darne prova; altrimenti si presume morte tutte contemporaneamente.

Nel dubbio non si può presumere che un uomo sia morto; piuttosto si presume che viva tuttora sino a quando non è provata la sua morte. La pratica eccettua soltanto il caso che taluno sia assente, della cui vita e dimora niente più si possa sapere, ma è provato che lo scomparso ha compiuto ormai il settantesimo anno^e). In questo

e) Viene così a trattare il nostro autore incidentalmente di quella dottrina della scomparsa (*Verschollenheit*) di un individuo che è tanto importante nel diritto comune. Vedi di recente anche RIESENFELD, *Verschollenheit und Todeserklärung nach gemeinem und preuss. Recht* (Breslau 1891). Ma rimane sempre fondamentale per la storia dei dogmi in questo argomento (e vi si appoggia anche il RIESENFELD) la dotta monografia del BRUNS, *Die Verschollenheit*, pubblicata dapprima nello *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* (1857) I pagine 90-201 e riprodotta poi nei *Kleinere Schriften* di lui (Weimar 1882) I pag. 48 seg. Vedi anche, in specie pel diritto francese, VILLEQUEZ, *De l'absence nella Revue historique de droit franç. et étrang.* Il pag. 209 seg., pel nostro diritto statutario PERTILE, *Storia del dir. ital.* III pagine 220, 362. Soprattutto dalle ricerche del BRUNS appare che manca una vera dottrina della scomparsa nel diritto romano (Cf. anche LANDUCCI, *Storia del dir. rom.* § 451) e che non erano sufficienti gli istituti giuridici dell'*ius postliminii* e della *factio legis Corneliae*. Si suppone per lo più in quel diritto una scomparsa di breve durata e in realtà i diritti dello assente sono come *in pendentis* (L. 5 § 1, L. 22 § 2 *D. de captivis* 49, 15). Il problema del trattamento della scomparsa si presentò invece come importante ai giuristi teorici e pratici italiani del medio evo sì per le cause occasionali derivanti dai frequenti rapporti coi turchi e i pirati, sì per il motivo giuridico del cambiamento del sistema probatorio. Non bastando più la certezza morale del giudice fu bisogno di fissare anche nel nostro argomento delle regole di prova e delle presunzioni. Pur lavorando sulla base romana della cura *bonorum absentis* si cercò, quantunque senza decisivi ed unanimi risultati, di giungere ad una teoria dell'assenza e della scomparsa, come dicono i tedeschi. La presunzione dei 10) anni come durata massima della vita umana si trova già nella Glossa, sebbene senza riferimento alla scomparsa. Ma ben tosto ne fu fatta questa applicazione. E ben presto entrò in campo anche la presunzione dei 70 anni, nè mancano altre presunzioni.

Le teorie dei pratici italiani passarono in Germania (cf. anche i miei *Fasti aurei del dir. rom.* pag. 162), principalmente per opera del CARPZOV che anche qui appare (come lo dimostra lo STINZING, *Gesch. der deutsch. Rechtsw.* II) qual padre della giurisprudenza tedesca. La pratica dei tribunali sassoni fu il modello e da essa derivano anche le citazioni edittali dello scomparso, la dichiarazione giudiziale di morte. Ma riscontrasi subito in Germania un'aggiunta alla dottrina italiana della scomparsa; i prossimi eredi dello assente vengono ammessi al godimento dell'intero patrimonio di lui dietro un'apposita cauzione. Il CARPZOV, *Jurispr. for.* III, 15 def. 48-57, dice che ciò è concesso per consuetudine dei suoi e di molti altri luoghi. Nulladimeno osserva il BRUNS che la evoluzione del principio giuridico fu imperfetta perchè i giuristi tedeschi non crearono un nuovo istituto giuridico, come avvenne nel diritto francese, ma rimasero aderenti al concetto romano della cura *bonorum absentis* e con le speciali modificazioni dettero origine ad un' confusione che tuttora signoreggia questa materia nella pratica tedesca. Ma le incertezze non mancano neppure nell'antico diritto francese e dettero luogo ad importanti discussioni anche durante i lavori preparatori del Codice napoleonico (Cf. SERESIA, op. cit. numeri 24-33 e DEMOLOMBE, *Traité de l'absence* [Paris 1881]), da cui deriva la dottrina dell'assenza accolta nel nostro Codice civile articoli 20-47.

caso l'assente vien ritenuto morto per presunzione giuridica. In base all'analogia del diritto romano dovrebbe veramente essere supposta l'età di cento anni ⁸²⁾, come anche molti giureconsulti ⁸³⁾ sostengono. Nulladimeno la pratica forense prende a criterio l'usuale termine della vita umana ⁸⁴⁾.

Se taluno fosse assente soltanto dal suo settantesimo anno in poi e niente altro faccia parlare di sè, lo HOMMEL ⁸⁵⁾ pensa che almeno in tal caso si dovrebbe aspettare l'anno centesimo, poichè questo vien ritenuto come il più alto limite della vita umana ⁸⁶⁾. Ma più esattamente ritengono altri ⁸⁷⁾, per analogia della L. 68 D. *ad legem falcidiam* [35, 2], che la durata della vita sia tuttora di cinque anni, il che meglio accordasi pure con le ordinarie tavole della mortalità ⁸⁸⁾. Se taluno sia scomparso soltanto nell'ottantesimo anno gli viene ascritta la metà di quel termine in due anni e mezzo ⁸⁹⁾. Ove non si sappia quanti anni avesse lo scomparso devesi determinare per mezzo di presunzioni dedotte semplicemente dalle circostanze, cioè dalla lunghezza del tempo che è assente, dall'indole della sua salute, dalle condizioni del tempo in cui partì, e del luogo dove ebbe in animo di recarsi, se sia da ritenere morto ⁹⁰⁾. Per lo contrario talora non v'è bisogno che lo scomparso abbia raggiunto i settant'anni, quando dalle

⁸²⁾ L. 56 D. *de usufr.* [7, 1], l. fin. Cod. *de SS. Eccles.* [1, 2].

⁸³⁾ Ant. FABER, *Cod. definit. for.* lib. V tit. 40 def. 4. — VOET, *Comm. ad Pand.* lib. XXXVIII tit. 17 § 16 in fine.

⁸⁴⁾ LEYSER, *specim.* XCVI medit. 5. — BÖHMERS *Auserlesene Rechtsfälle* vol. 3 sez. I resp. 176 n. 19. — GMELINS und ELSÄSSERS *Gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle* vol. 4 n. X § 121.

⁸⁵⁾ Diss. *Septuagenarius absens, quando mortus praesumatur* §§ 10-11.

⁸⁶⁾ L. 56 D. *de usufr.* — SIRACH, cap. 18 v. 8.

⁸⁷⁾ KOCH, *Diss. Utrum absentium successio fiat ex nunc an ex tunc* aggiunta al suo *Tract. de success. ab int. civ.* Auct. II. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. II § 1682 nota e. — MALBLANK invece in *Princ. iur. Rom.* parte II h. t. § 376 accoglie l'età di anni 80.

⁸⁸⁾ Si confronti qui Frid. Aug. SCHMELZER, *Comment. I de probabilitate vitae eiusque usu for.* (Goett. 1787, 8) sect. II.

⁸⁹⁾ Vedi GMELIN und ELSÄSSERS, *cit. jurist. Beobachtungen* vol. 4 n. XI § 127 nota p pag. 176 seg.

⁹⁰⁾ Christ. Frid. Imm. SCHORCH, *Meditat. in quibus praecipua capita doctrinae de cura bonorum absentis examinantur* (Lips. e Francof. 1761) § 8.

speciali circostanze provate *in facto* sorgono presunzioni molto forti della sua morte ⁹¹⁾.

Quando pertanto sorge la questione chi debba essere erede dello scomparso, appena sarebbe da credere che potesse soggiacere a qualche dubbio la decisione che sia legittimo erede dell'assente quegli al quale, ora che il primo per presunzione di diritto è stato dichiarato morto, è deferita la eredità. Invero secondo il § 6 I. *de legitim. agnat. success.* [3, 2] la prossimità della parentela deve essere giudicata secondo il momento *quo mortuus est is, cuius de hereditate quaeritur*. Siccome nel caso dell'assente non si sa quando egli sia morto, deve necessariamente ritenere qual momento della morte quello in cui per presunzione giuridica è stato dichiarato morto e quindi ha da essere suo erede colui il quale adesso è il suo più prossimo parente. Infatti per uno scomparso prendesi l'età di settant'anni appunto per avere un preciso istante in base al quale debbasi regolare la sua successione legittima. Ciò afferma pure la maggior parte dei giureconsulti ⁹²⁾. Nulladimeno HELLFELD, e con lui molti altri ⁹³⁾, sono di altra opinione e credono che debbasi ammettere come tempo della morte di uno scomparso quell'istante da cui non è più giunta alcuna notizia di lui. Vogliono quindi attribuire piuttosto l'eredità di lui a quegli al quale a questo momento viene deferita, come a più prossimo parente, l'amministrazione dei beni di lui, poichè questa curatela non sarebbe una semplice amministrazione dei beni, ma un'anticipata presa

⁹¹⁾ LEYSER, *specim.* XCVI medit. 6. — BÖHMERS *Auserlesene Rechtsfälle* vol. 3 resp. 176 n. 20.

⁹²⁾ Vedi KOCH, cit. *Diss.* pag. 227 seg. — HAUBOLD *ad BERGERI, Oeconom. iuris.* lib. I tit. IV th. 6 nota 1 pag. 191. — HOFACKER, l. c. § 1682 nota f. — MALBLANK, *Princ. iur. Rom.* h. t. § 376 in fine. — THIBAUT, *System des Pand. Rechts* vol. I § 532 in fine. — MÜLLER, *Observat. pract. ad LEYSERUM* tom. I fasc. 2 obs. 241. — CLAPROTH, *Einleitung in die sämmtlichen summarischen Prozesse* § 224. Si veda anche la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 2.

⁹³⁾ Ant. FABER, *Cod. definit. for.* lib. III tit. 25 def. 5. — SCHILTER, *Prax. iur. Rom. exerc.* XV th. 71-77. — WERNHER, *Observat. for.* tom. III parte III obs. 48. — PUFENDORF, *Observat. iur. Rom.* tom. IV obs. 84 § 5. — Christ. Lud. CRELL in *Diss. Quando curator absentis heredes aequae propinquas a successione excludat?* (Vitembergae 1737). — Jo. Frid. WAHL, *Progr. cui necessitas probandi in petitione hereditatis absentis incumbat?* (Goett. 1751).

di possesso dell'eredità, una successione condizionata. Per questo tal curatela spetterebbe soltanto al più prossimo parente senza distinguere se sia o no capace di amministrare e trasmetterebbesi anche ai suoi eredi legittimi. Quindi, sebbene lo scomparso non possa essere dichiarato morto se non dopo compiuto il settantesimo anno, ciò non sarebbe da intendere come se esso fosse morto soltanto ora, sivvero il decorso di questo termine garantirebbe ormai una giuridica certezza di quanto sino a questo momento era dubbioso, cioè che lo scomparso a buon dritto sia stato ritenuto morto sin da quando gli fu assegnato un curatore. Il nostro HELLFELD toglie pure un argomento dalla finzione della legge Cornelia in virtù della quale per i cittadini romani, che eran caduti in prigionia del nemico ed in essa erano morti, il momento della morte realmente avvenuta retrotraevasi a quell'istante in cui il defunto era stato fatto prigioniero ⁹⁴⁾. Ma la debolezza di questi argomenti è già stata dimostrata così chiaramente dal signor cancelliere KOCH che è superflua un'ulteriore confutazione. Basta pensare che sino a che l'assente non possa essere dichiarato morto, devesi ritenere per giuridica presunzione che viva tuttora. Come può essere pei concetti giuridici anticipata qui una successione ereditaria dal momento che le leggi ⁹⁵⁾ dicono chiaramente *hereditatem eius adquiri non posse, cuius vita dubia et incertu est?* Ancor meno si può far uso qui di una finzione che era stata introdotta soltanto a vantaggio dei prigionieri di guerra per conservare la validità ai loro testamenti, poichè nel caso nostro non trattasi di alcuna finzione, ma di una presunzione e qui è pure incerto il momento della vera morte, che era certo nella finzione della legge Cornelia ^{f)}.

⁹⁴⁾ L. 10 D. *de captivis* [49, 15].

⁹⁵⁾ L. 4 Cod. *de postlim. reversis* [8, 51]. A ragione quindi rigettano la successione anticipata HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo I § 707 e CLAPROTH nella *Einleitung in die sämtlichen summarischen Prozesse* § 222 nota c pag. 307.

^{f)} Quali sono i rapporti fra la teoria dell'assenza e la petizione di eredità secondo il nostro diritto? Bisogna distinguere i casi, avvertendo anzitutto che vi sono rapporti strettissimi tanto nell'antico diritto francese, quanto nel sistema del Codice napoleonico seguito dal nostro, che è stato condotto a ricordare la petizione d'eredità nella dottrina dell'assenza (Cf. SERESIA, op. cit. n. 24 seg., n. 27 seg.). L'immesso nel possesso definitivo dei beni dell'assente (art. 39 Cod. civ.) è un erede apparente che il TARTUFARI, op. cit.

§ 563.

*Chi promuove la petizione di eredità?
Prova della spettanza del diritto di eredità.*

Chi vuol promuovere la petizione di eredità deve essere erede del defunto, sia che derivi il suo diritto di eredità da un testamento, sia da un' immediata disposizione di legge, o, come oggi può essere il caso, da un contratto ereditario, sia erede civile, sia erede pretorio ⁹⁶⁾.

⁹⁶⁾ LL. 1, 2 e 3 D. h. t.

Il num. 492, subordina, più strettamente che altri civilisti, alla dottrina generale della petizione d'eredità. Io non so veramente quanto sia opportuno recar qui il criterio dei vantaggi derivanti dalla buona fede, nè mi pare che dall'obbligo della restituzione che incombe all'immesso nel possesso definitivo in *quantum locupletior factus est* verso l'assente che torna, si possa argomentare un identico obbligo dell'erede apparente verso l'erede vero per la questione che tratteremo poi (vedi pag. 774 n. g). Quell'obbligo dell'immesso nel possesso definitivo si radica senz'altro nell'istituto dell'assenza. Se quanto all'immesso nel possesso definitivo il Ricci, op. cit. I, 44, crede che si debba accogliere una massima diversa da quella che la Cassazione francese adottò esonerando l'immesso nel possesso temporaneo dal pagare la tassa di successione, non ne viene già che il primo, per questo riguardo fiscale, sia mutato in vero erede, come sarebbe strano dir petizione d'eredità il mezzo giuridico di cui si serve l'assente tornato in qualsiasi tempo per reclamare i propri beni. Nella recente codificazione tedesca si parla qui di una *hereditatis petitio utilis*. *Motive* V p. 597.

Se trattasi di una eredità che sarebbe spettata all'assente, la raccolgono, anche in caso di assenza soltanto presunta (Appello Torino 5 giugno 1891 e 6 novembre 1891, *Ann. giur. ital.* XXV, 3, 439, XXVI, 3, 48) coloro di cui egli sarebbe stato coerede o coloro che avrebbero succeduto in mancanza di lui, salvo però all'assente che torni la petizione d'eredità (art. 49 Cod. civ.), ma anche questa non ha in tutto nè sempre il tecnico carattere di una *petit. her.* (SERESIA, op. cit. n. 30 seg.). Quanto ai beni formanti parte della successione dello assente, in specie l'erede temporaneo (immesso nel possesso), ma anche il curatore provvisorio, possono promuovere la petizione d'eredità per reclamare i beni mancanti in essa (Cf. BORSARI, *Comm. cit.* § 2015 in fine). Per quanto ciò possa sembrare contraddicente al rigore logico del diritto che vorrebbe riserbata la petizione d'eredità all'erede vero che dà una piena dimostrazione del suo diritto ereditario, noi vi siamo autorizzati dal disposto dell'art. 27 Cod. civ. (diritto di *promuovere le ragioni dello assente*). Noi ci troviamo qui press'a poco in un caso simile a quello dell'erede istituito sotto una condizione di cui si possa dire che *pendet* in un tempo indeterminato (Cf. art. 885); ciò malgrado, egli può valersi della petizione d'eredità; nel caso dell'immesso nel possesso temporaneo, come in questo, abbiamo lo espediente delle cauzioni. Quando poi incomincia il possesso definitivo, se anche non v'ha nel sistema nostro la presunzione di morte nell'assente, si rafforza nell'immesso la qualità d'erede. Cf. anche la success. nota h.

Se l'attore abbia per sè un duplice diritto ereditario, egli, qualora dapprima agisse in base al testamento, ma perdesse il processo per la invalidità di questo, può sempre far valere le sue ragioni come erede legittimo ⁹⁷). È, del resto, indifferente che il diritto ereditario sia deferito immediatamente all'attore medesimo o che spetti ad altri da cui il diritto passò a lui, poichè anche l'erede dell'erede può valersi della petizione di eredità; soltanto è necessario che il vero erede, in quanto non è un *suus heres*, abbia realmente prima della sua morte dichiarato di accettare la eredità ⁹⁸), poichè se è morto prima della adizione non trasmette il proprio diritto ereditario ai suoi eredi quando non si tratti di un caso nel quale venga trasmessa anche un'eredità non adita ⁹⁹). *Utiliter*, cioè per motivi di equità, viene accordata la petizione di eredità anche a colui al quale il vero erede ha venduto il suo diritto o in altra guisa glielo ha ceduto e trasmesso perchè egli entra in luogo dell'erede ¹⁰⁰). Se l'eredità sia deferita ad un *filius familias*, il padre promuove la petizione di eredità, quando il figlio, in quanto abbia già oltrepassato gli anni della fanciullezza, ha adito la eredità per ordine del padre ¹). Nondimeno per promuovere la petizione di eredità è richiesto il consenso del figlio, quando sia presente e non più impubere ²). Se tuttavia il figlio avesse adito senza consenso del padre l'eredità a lui devoluta (il che, secondo il nuovo diritto ³), gli è concesso quando il padre ricusi il suo consenso), può

⁹⁷) L. 8 D. h. t. *Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.*

⁹⁸) PAULUS, *Sentent. recept.* lib. I tit 13 B § 4 dice veramente: *Petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur.* Ma la speciale dichiarazione dell'erede di voler promuovere l'azione è richiesta soltanto nell'azione d'innocuità. L. 6 § ult. D. *de inoff. test.* Una semplice petizione d'eredità trapassa agli eredi, quando solamente l'erede abbia adito, ancor durante la sua vita, la eredità, come anche il CUIACIO ha osservato intorno a questo passo in SCHULTING in *Iurispr. Anteiust.* pag. 250 nota 8.

⁹⁹) L. un. § 5 Cod. *de caduc. tollend.* [6, 51].

¹⁰⁰) L. 54 D. h. t.; L. 2 § 18 D. *de heredit. vel act. vend.* [18, 4].

¹) Infatti secondo la L. 18 Cod. *de iure deliber.* [28, 8] il padre stesso, a nome di un figlio, tuttora nell'infanzia, può adire la eredità.

²) L. 2 § 3 Cod. *de bonis quae lib.* [6, 61]. — Aem. Lud. HOMBERGK a VACH, *Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate* §§ 2, 3, 4 e 8.

³) L. 8 pr. Cod. *cod.*

promuovere egli stesso la petizione di eredità ed al padre non è lecito di rifiutargli il suo consenso per ciò, ma anzi, in caso di rifiuto, egli può esservi costretto dal giudice *ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere*, come GIUSTINIANO ⁴⁾ dice ⁵⁾. Qualche cosa di particolare è pure da osservare nel caso che un'eredità sia devoluta per testamento o per legge ad un pazzo che non sia un *suus heres*. In questo caso, nè il curatore di lui, nè il padre, quando il figlio di famiglia abbia oltrepassato di già gli anni della fanciullezza ⁶⁾, possono adire l'eredità ⁶⁾, ma soltanto domandare per lui una provvisoria *Bonorum possessio* ⁷⁾. Con ciò l'eredità non viene acquistata dal pazzo, ma il curatore od il padre ricevono così l'amministrazione della eredità prestando cauzione e quando il sottoposto a cura stesso non abbia sufficiente patrimonio, possono togliere dall'eredità le spese necessarie pel suo mantenimento ⁸⁾. Ma se il sottoposto a cura muore in stato di pazzia la eredità torna a devolversi a coloro i quali l'avrebbero raccolta se il pazzo non fosse mai esistito, vuoi che sia il sostituito, o il coerede, o l'erede legittimo del relinquente che adesso è il più prossimo al momento della morte del pazzo, o l'erede legittimo susseguente al pazzo se a questo era stata deferita l'eredità *ab intestato* ⁹⁾. Sorge ora la domanda se il curatore possa promuovere in questo caso la petizione di eredità quando la eredità sia posseduta da un terzo che se la arroga. Non mi ricordo che alcuno siasi im-

⁴⁾ L. 8 in fine princ. cit.

⁵⁾ L. 18 pr. Cod. *de iure delib.*

⁶⁾ L. 90 pr. D. *de acq. vel omitt. heredit.* [29, 2]; L. 54 D. *de acquir. rer. dom.* [41, 1].

⁷⁾ L. 7 § 3 Cod. *de curatore furiosi* [5, 70].

⁸⁾ L. 51 pr. D. h. t.

⁹⁾ L. 51 cit.; L. 7 § 8 Cod. *de curat. fur.* Confronta intorno a questa legge Jo. Christ. PESLER, *Dissertat. de successione ad furiosum devoluta* (Traj. ad Viadr. 1750). — Eust. Bernh. BECKMANN, *Diss. de acquisitione hereditatis dementi delatae* (Goett. 1772) — KOCHS, *Bonorum possessio* § 7.

^{g)} Secondo il nostro diritto l'esercente la patria potestà rappresenta il minore in tutti gli atti civili. Riguardo ad un'eredità deferita al minore, se il padre non possa o non voglia accettarla, il tribunale ad istanza del figlio, di un parente o del pubblico ministero autorizza l'accettazione, nominando un curatore speciale che avrà facoltà di promuovere la petizione di eredità (art. 226 Cod. civ.).

battuto in tale questione; nondimeno non ho alcun scrupolo di rispondere affermativamente. Infatti, sebbene mediante la *Bonorum possessio provisionalis*, che il curatore può implorare per il pazzo, l'eredità non sia acquistata da questo irrevocabilmente, nulladimeno riguardo ad ogni terzo si può considerare come un'adizione. Possono invero i legatari pretendere ora i legati loro dal curatore, sebbene certamente contro cauzione che saranno per restituire, ciò che hanno ricevuto, nel caso che il pazzo non ricuperi l'intelletto¹⁰⁾. Anzi, quando il pazzo sia onerato di un fedecommesso universale, il curatore, secondo un decreto dell'imperatore PIO può restituire la eredità al fedecommissario con la efficacia che gli vengono trasmesse le azioni ereditarie¹¹⁾. Non v'è quindi alcun dubbio che debbano spettare anche al curatore¹²⁾ e siccome in genere quella *Bonorum possessio provisionalis* è stata introdotta a favore del pazzo per conservargli la eredità e, in caso che riacquisti la sanità di mente, la libertà di accettarla o di ripudiarla. È pienamente conforme allo scopo di questa *Bonorum possessio* che il curatore debba poter promuovere anche la petizione di eredità pel pazzo. Simili disposizioni contengono le leggi in altri casi in cui fu ottenuta una *Bonorum possessio decretalis*, per esempio, nella carboniana¹³⁾; inoltre in quella che viene decretata *ventris nomine*, dove pure il curatore può esercitare le azioni ereditarie¹⁴⁾ h).

¹⁰⁾ L. 48 § 1 D. *de legat.* II (31). Vedi WESTPHAL, *Von Vermächtnissen und Fideicommissen* parte I § 696.

¹¹⁾ L. 35 D. *ad SCtum Trebellianum* [36, 1]. — WESTPHAL, loc. cit. parte II § 1593.

¹²⁾ JO. CHRIST. PESLER, *Progr. de herede fiduc. fur.* (Francof. ad Viadr. 1750) pag. 10 — BECKMANN, cit. *Diss.* § 35.

¹³⁾ L. 5 § 1 D. *de carbon. edicto* [37, 10].

¹⁴⁾ L. 1 § 21 L. 5 § 1 D. *de ventre in possess. mittendo* [37, 9].

h) Dobbiamo distinguere l'interdetto dall'inabilitato. Il primo è in stato di tutela (art. 330) e si applicano a questa in generale le norme di quella dei minori; onde la petizione di eredità sarà fatta valere dal tutore che la promuoverà con l'autorizzazione del consiglio di famiglia (articoli 296, 297). L'inabilitato e il minore emancipato promuoveranno la petizione d'eredità coll'assistenza del curatore (articoli 311, 339), poichè la successione ereditaria per quanto indicata nell'art. 710 Cod. civ., come modo d'acquisto della proprietà, importa tecnicamente l'assunzione di obbligazioni (SERESIA, op. cit. numeri 75-77).

In genere poi si può dire, giacchè l'argomento vi si collega, che un mandatario legale e il curatore dell'eredità giacente (articoli 980-983) possono promuovere la petizione

Il fondamento dell'azione pertanto è la spettanza di un diritto di eredità: e tal fondamento deve essere provato dall'attore. Il quale basa così la sua azione, o sopra un testamento, o sopra un contratto ereditario, o sopra un diritto di successione legittima.

I. Quando l'attore fonda la petizione di eredità sopra un testamento, questo può essere pubblico o privato.

a) Nei testamenti pubblici è richiesta la presentazione dell'autenticazione per parte dell'autorità e perciò una copia autenticata del testamento giudiziale.

b) Nei testamenti privati, invece, la prova del fondamento dell'azione

1. quando il testamento è scritto si fa mediante produzione del medesimo e deve pure esser provata la esattezza della sottoscrizione dei testimoni e dei loro sigilli. Ciò si ottiene, o mediante il riconoscimento fatto dai testimoni stessi, o, se taluni di questi non siano più in vita, mediante il riconoscimento dei rimanenti testimoni, o, anche in caso di necessità, mediante confronto della scrittura ¹⁵⁾.

2. Se al contrario il testamento è orale, la sua esistenza, in quanto non si abbia su ciò alcun documento atto a darne la prova, deve esser dimostrata mediante il deposto di tutti i testimoni presenti ad esso ¹⁶⁾. Non si può infatti in alcun modo dubitare che i te-

¹⁵⁾ LL. 4-7 D. *Testam. quemadm. aperiant.* [29, 3]; L. 20 Cod. *de fide istrum.* [22, 4]. — Nov. LXXIII [Zach. 113] cap. 7. Vedi la mia *Diss. de testamenti privatis solemnibus probatione per septem testes in eo ordinando adhibitos instituenda* § 7 in *Opusc. iurid. fasc. I n. I pag. 58 seg.* — Un estratto di questa Dissertazione trovasi in MÜLLER, *Observat. pract. ad LEYSERUM* tom. III fasc. III obs. 627.

¹⁶⁾ Io credo di averlo sufficientemente dimostrato nella mia citata Dissertazione § 6 seg. e specialmente §§ 9 e 10. Prima di me aveva già dimostrato molto fondatamente la stessa opinione anche Christ. Ferd. HARPPRECHT in *Diss. de eo, quod iustum est circa probationem tabulis testamenti amissis* (Tubingae 1752) sect. III § 14, del quale scritto tuttavia, non avendolo, non potei

d'eredità; così anche i creditori a nome del loro debitore (SERESIA, op. cit. n. 45) quando pure vi abbia rinunziato con frode delle loro ragioni (art. 949). A più forte ragione dunque ci sembreranno autorizzati alla petizione d'eredità i rappresentanti dello assente. La moglie ha bisogno dell'autorizzazione maritale per promuovere la petizione d'eredità (art. 134).

stimoni non vengano chiamati qui semplicemente per la solennità dell'atto, ma anche specialmente per la futura prova¹⁷⁾. GIUSTINIANO¹⁸⁾ dice espressamente: *Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium ex postulat: ut per homines perfectissima veritas reveletur*. Ora la questione della prova del testamento non può sorgere prima che sia morto colui, del quale si vuole essere eredi, poichè fino a quando il testatore vive, non è affatto concepibile una controversia se esiste un testamento. Sarebbe quindi una sottigliezza del tutto senza scopo se fosse richiesto il numero dei testimoni soltanto per il tempo in cui il testamento vien fatto, dacchè durante la vita del testatore il testamento non ha ancora alcun effetto, ma può esser revocato ad ogni istante. Perciò salta agli occhi la inesattezza dell'idea di molti pratici¹⁹⁾ i quali affermano che i sette testimoni fossero necessari soltanto

far uso nella mia Dissertazione. In genere non l'ho mai trovato citato. Fra i recenti hanno acceduto alla mia opinione HOFACKER, in *Princip. iuris cr.* tom. II § 1683. — MALBLANK, in *Princip. iuris Rom. sec. ord. Digest.* tom. II § 376 nota *f* pag. 75 seg. — THIBAUT, nel *System des Pandectenrechts* vol. 2 § 740 pag. 163.

¹⁷⁾ Vedi la mia *Diss.* § 3.

¹⁸⁾ L. 32 Cod. *de fideicomm.* [6, 42].

¹⁹⁾ STRYK, *De cautelis testametar.* cap. XV § 43. — BERGER, *Oeconom. iuris* lib. II tit. 4 parte 3.^a nota 5. — LEYSER, *Specim. OCVL* medit. 4. — A. PFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. I obs. 141. — VON QUISTORP, *Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien* n. XVI. — BÖHMER, in *Ius Digestor.* lib. XXVIII tit. I § 35 — WALCH, *Introduct. in controv. iur. civ.* pag. 305. A quest'opinione dà il suo assenso anche HELLFELD, (vid. § 1413 e § 1417), e nuovamente l'ha presa a difendere il sig. cons. di Governo SEMLER di Magdeburgo nella sua monografia sulla questione: In che misura un testamento non esistente più dopo la morte del suo autore può conservare la sua originaria forza obbligatoria mediante la prova tuttora possibile del suo essenziale contenuto? nell'*Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit*, edito da Theod. HAGEMANN e Christ. Aug. GÜNTHER, parte 2.^a n. V § 3 pag. 88 seg. dopochè io credeva di averla sufficientemente confutata. Ma i suoi argomenti sono quelli stessi che furono da me già completamente confutati. Si confronti la mia Dissertazione stessa § 10. Soltanto la spiegazione che viene fatta delle parole della L. 32 Cod. *de fideicomm.* che furono da me citate sopra nel testo, potrebbe tutt'al più sembrare nuova, dacchè io non mi ricordo di averla trovata in qualche giureconsulto. Cioè: « che le leggi soltanto principalmente pel timore che due persone prima e più facilmente che sette possano venir meno avanti che muoia il testatore (*ne quid falsitatis incurrat per*

per la solennità dell'atto, ma la prova della sua esistenza possa farsi mediante due testimoni. Come verrebbe attuata qui la buona intenzione del legislatore, il quale, per impedire ogni collusione ed inganno, che nei testamenti sarebbe a dir vero troppo facile se fosse sufficiente una prova per mezzo di due testimoni, richiede appunto più dell'ordinario numero dei testimoni probatori? La intiera credibilità di un testamento orale dipende quindi dal deposto giurato di sette testimoni, come un testamento scritto dipende dalla genuinità delle sottoscrizioni e dei sigilli dei testimoni dinanzi ai quali fu fatto e così viene provato. Se pertanto anche un solo testimone non avesse sottoscritto e sigillato il testamento, questo non vale. Secondo questa analogia anche un testamento nuncupativo non può avere alcuna validità, quando pure manchi un solo testimone, poichè le sottoscrizioni dei testimoni non sono altro che deposizioni scritte, come vengono pur dette espressamente nelle leggi ²⁰). Siccome in un testamento nuncupativo i testimoni non prestano la loro testimonianza, come in un testamento scritto mediante sottoscrizione, già al momento in cui esso è fatto, così *ex natura correlatorum* tutti quanti i testimoni a quel testamento sono necessari per la completa prova specialmente in quel tempo nel quale dopo la morte del testatore si controverte intorno alla esistenza e al contenuto del testamento orale ²¹). Ciò esige la puntualità che il legislatore richiede come necessaria condizione per evitare ogni inganno nei testamenti. *Cum enim res, dice la legge* ²²), *per testium solemnitatem ostenditur: tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est.* Per questi motivi io credo pure di poter affermare che la prova

duos forte testes compositum testamentum) vogliono che tutti e sette i testimoni con la loro simultanea presenza sieno forniti di una scienza e notizia (utile per la diffusione della verità dopo la morte del testatore) di ciò che avvenne nella prima fazione del testamento, allo scopo che per l'avvenire nel possibile caso della morte dell'uno o dell'altro di loro non manchino del tutto due persone che possano pienamente attestare la esistenza e il contenuto del testamento orale da provare! ».

²⁰) L. ult. Cod. *de edicto D. Hadriani tollendo* [6, 33].

²¹) L. ult. Cod. *de testamentis* [6, 23] dove sono da notare principalmente le parole: *Sic tamen ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem: et maxime quem, et quos heredes sibi relinquere voluerit; et hoc post mortem testatoris iurato deponant.*

²²) L. 32 Cod. *de fideicomm.*

debba esser fatta appunto per mezzo dei testimoni i quali erano stati invocati per l'atto del testamento; altri, invece, che per accidentalità assisterono a quell'atto non bastano²³⁾. Invero pei testamenti non sono validi altri testimoni, da quelli infuori i quali specialmente erano stati chiamati in tale qualità alla fazione del testamento²⁴⁾. Riposa quindi del pari soltanto sulla giurata deposizione di questi testimoni la intiera efficacia e validità di un testamento orale²⁵⁾. Insieme appare da ciò che secondo lo spirito delle citate leggi la delazione del giuramento non sia da ritenere come ammissibile mezzo di prova, per porre così fuori di dubbio la esistenza controversa di un testamento orale²⁶⁾, in parte perchè lo speciale interesse che qui ricorre nel giurante induce a commettere uno spergiuro²⁷⁾, in parte perchè in tal guisa verrebbe concesso all'avversario di giurare intorno ad un fatto altrui. il che le leggi stesse dichiarano non equo ed ingiusto²⁸⁾; in parte finalmente perchè mediante il giuramento ogni testamento orale e per la sua esistenza e per il contenuto vien mediatamente rimesso, contro il disposto delle leggi²⁹⁾, al beneplacito di tale persona che riguardo all'atto del testamento è da ritenere, nel suo essenziale significato, come *extranea*. In caso di testamento scritto, che dolosa-

²³⁾ Vedi HARPPRECHT, *Diss. cit. sect. III § 14 pag. 354*. D'altra opinione è THIBAUT nel *System des Pandectenrechts* vol. 2 § 740 pag. 163.

²⁴⁾ L. 21 § 2 D. *Qui testam. fac. poss.* [28, 1]. — *Recesso dell'Imp. di Colonia dell'a. 1512* tit. dei testamenti. A ragione dice perciò J. SICHARD in *Prælect. in Cod.* tom. II ad L. 21 Cod. *de testam.* n. 5 pag. 349: *Quod si testes producerentur ad probandum testamentum, nisi etiam in testificatione dicerent, se esse rogatos in testes, ut si forte tantummodo dicerent: Ego vidi vel audiui illam voluntatem fuisse Titii, certe ille testis nihil probaret, quia non constat de solemnitate rogationis.*

²⁵⁾ Con me concorda anche il sig. prof. DABELOW nello *Handbuch des heutigen gemeinen römisch.-deutschen Privatrechts* parte I § 1061.

²⁶⁾ Si veda HARPPRECHT in *Diss. cit. sect. II § 10* e SEMLER nella citata memoria § 3 nell'*Archiv. für die theor. und pract. Rechtsgelehrsamkeit* parte 2.^a pag. 87.

²⁷⁾ Il MALBLANK in *Doctr. de iureiurando* § 44 dice molto giustamente: *omnis periuria, quae praevidentur, evitanda, neque, si ipse deferens contentus sit, permittenda esse.*

²⁸⁾ L. 11 § 2 D. *de act. rer. amotar.* [25, 2]; L. 42 D. *de reg. iur.* — MALBANK, loc. cit. pag. 134.

²⁹⁾ L.L. 32 e 68 D. *de hered. instit.* [28, 5].

mente sia stato trascurato e soppresso dal convenuto e odierno possessore della eredità, l'attore niente altro avrebbe da provare che questo dolo del convenuto³⁰⁾; ed io ritengo che in questo caso non sarebbe neppur necessario il giuramento suppletorio a conferma del preteso contenuto del testamento soppresso³¹⁾, sebbene lo HELLFELD³²⁾, sia di altra opinione.

Se al testamento venga opposta la eccezione di invalidità, questa deve esser trattata prima che l'eredità venga ascritta all'erede in base al testamento. Il convenuto dee tuttavia in questo caso, a garanzia dell'attore, dar cauzione per l'eredità che possiede³³⁾. Ma a chi si dovrà addossare la prova? Naturalmente all'attore, poichè appartiene al fondamento dell'azione che il testamento sia stato fatto in una forma valida³⁴⁾. L'attore non può quindi pretendere qui dal convenuto la prova della eccezione, poichè quando il convenuto non ammette del tutto ciò che spetta al fondamento dell'azione, deve pur sempre esser posto pienamente fuori di dubbio dall'attore con la sua prova³⁵⁾ i).

³⁰⁾ L. 11 Cod. *de testam.* [6, 23]; L. 20 Cod. *de probat.* [4, 19]; L. 22 in fine Cod. *de fide instrumentor.* [4, 21]. — Vedi GÖNNERS, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* vol. 2 n. XLVII § 4 pag. 491 seg. e SEMLER nella cit. *Memoria* § 1 pag. 80 seg.

³¹⁾ Vedi LEYSER, *Medit. ad Paul.* vol. IV specim. CCLXXXII medit. 6 e DANZ, *Grundsätze des ordentlichen Prozesses* § 321 nota d pag. 481 dell'edizione di GÖNNER.

³²⁾ Tom. II § 1170 in fine. Di questa opinione è anche THIBAUT in *System des Pandectenrechts* lib. 3 § 1182.

³³⁾ L. 5 § 1 D. h. t. D. HADRIANUS TREBIO SERGIANO *rescripsit, ut AELIUS ASIATICUS daret satis de hereditate, quae ab eo petitur; et sic falsum dicat. Hoc ideo, quia sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur.* Ciò che qui è detto intorno alla eccezione contro la genuinità del testamento, ha luogo in ogni altro caso, in cui venga opposta all'autore la eccezione della nullità del testamento. Vedi WESTPHAL nel *Commentario* citato sopra § 355.

³⁴⁾ Vedi HARPPRECHT, *Diss. cit. sect. II* § 7.

³⁵⁾ WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess* pagina 327 seg.

i) All'opinione del GLÜCK che sia necessaria la prova mediante il deposito di tutti i sette testimoni aderisce anche l'ARNDTS, loc. cit. pag. 218, il SINTENIS, III § 190 Anm. 8. il WINDSCHEID, § 615, poco importando se così è resa difficile la prova di un testamento

II. Quando l'attore fondasi sopra un contratto ereditario, egli ha da provare la esistenza di questo contratto. Se invece

III. reclama la eredità come erede legittimo, non ha bisogno di dimostrare che il relinquente è morto senza lasciare alcuna disposizione intorno al suo patrimonio, ove anche abbia addotto questa circostanza nella sua azione, ma incombe al convenuto la prova, se questi oppone che esiste un testamento³⁶⁾. L'attore non ha quindi necessità che di provare il suo diritto derivante dalla parentela, sul quale ha fondato l'azione. Ora il possessore della eredità, o è un estraneo, o parimenti un parente del defunto. Nel primo caso è sufficiente la semplice prova della parentela dell'attore col defunto, nel secondo non basta ancora la prova del grado di parentela per respingere il convenuto, ma l'attore deve provare che ha più fondate pretese, che è un parente più prossimo del convenuto. Su ciò, infatti, riposa chiaramente il fondamento dell'azione senza la cui prova il diritto di lui non può essere dichiarato dal giudice³⁷⁾. Per prova deve essere addotto qui un registro di famiglia degno di fede, dacchè un semplice attestato dell'autorità concepito in termini generali non è

³⁶⁾ VOET, *Ad Pand.* h. t. § 4.

³⁷⁾ In ciò concordano anche i più dei giureconsulti. Vedasi WERNIER, *Obs. for.* tom. I parte II obs. 448. — VOET, *Ad Pand.* h. t. § 6. — HOFACKER, *Princ. iur. civ. E. G.* tom. II § 1684. — MALBLANK, *Princ. iuris Rom.* tom. II § 376. — THIBAUT, *System des Pandectenrechts* vol. 2 § 740 in fine. Di altra opinione è tuttavia LEYSER in *Medit. ad Pand.* vol. II spec. XCVIII med. 9. Egli crede che in ambedue i casi vi sia bisogno di provare soltanto il grado di parentela. La prossimità dell'attore verrebbe presunta finchè il convenuto non abbia provato di essere congiunto in grado eguale o più prossimo. Ma l'argomento addotto da LEYSER che all'attore verrebbe addossata la prova di una negativa, perchè egli dovrebbe dimostrare che il convenuto non è un parente più prossimo, non persuaderà alcuno.

orale. Così è del pari certo che l'attore dovrà provare la validità del testamento (Cf. anche FEIN, *Continuaz. del Glück* XLV pag. 40 seg.). Ma ci sembra troppo assoluta qui la dottrina del GLÜCK se si avesse ad escludere il convenuto da ogni prova. Naturalmente in virtù del principio *reus excipiendo fit actor*, il convenuto dovrà dar prova del motivo d'invalidità su cui appoggiasi. Cf. WINDSCHIED, loc. cit. Ed io estenderei questo principio col SERESIA, op. cit. num. 123, all'erede legittimo che pretende esser nullo il testamento, se, naturalmente egli è il convenuto, per ciò che si riferisce alla determinata causa di nullità. Per la prova della validità del testamento secondo il nostro Codice mi rimetto alle relative disposizioni. Cf. VITALI, *Success.* I c. V.

sufficiente all'uopo, come lo HELLFELD del tutto esattamente afferma. La opinione di alcuni giureconsulti ³⁸⁾ che a causa della difficoltà delle prove genealogiche debbano bastare anche lievi presunzioni e indizi per accordare all'attore il giuramento suppletorio, non si può sostenere qui dove trattasi di una eredità ³⁹⁾ ^{h)}).

Se l'attore non prova il suo diritto di eredità, in base alla regola *actore non probante reus absolvitur* deve decidersi a favore del convenuto, malgrado la non evidenza della sua pretesa alla eredità per questo che in simili condizioni si giudica a favore del possessore ⁴⁰⁾.

§ 564.

Indole della petizione di eredità.

In che misura deve considerarsi come azione mista?

Ora per conoscere più da vicino l'indole della petizione di eredità, deve osservarsi quanto segue.

1) Essa ha per oggetto un'eredità considerata come tale, cioè come *universitas iuris*; pel suo contenuto è quindi un'azione universale ¹⁾). Non si ha riguardo a ciò che il convenuto possiede della eredità, sia che la possieda totalmente o in parte, o possieda una singola cosa spettante ad essa, dal momento che l'attore la pretende come erede e il convenuto gli contrasta la cosa in tale qualità ⁴¹⁾. A buon dritto

³⁸⁾ LEYSER, cit. *Specim. medit.* 1-4.

³⁹⁾ PÜTTERS, *Auserlesene Rechtsfälle* vol. 2 parte 3.^a resp. 221 n. 10 seg. — DE CRAMER, *Observ. iuris univ.* tom. III obs. 837.

⁴⁰⁾ L. 2 Cod. *de probat.* [4, 19]. — PAUL., *Recept. sentent.* lib. I tit. 13 B § 6. Vedi le *Emendazioni ed aggiunte alle Istituzioni di diritto romano* di HÜBNER, pag. 132.

⁴¹⁾ L. 4 D. h. t.; LL. 9, 10 e 16 § 5 D. *eodem.*

^{h)} Cf. anche LINDE, *Zeitschr. f. Civilrecht und Proz.* I pag. 160; WINDSCHEID, loc. cit. Il convenuto che si vale della *exceptio proximioris heredis* deve darne la prova quando contesta appunto la prossimità che l'attore asserisce e che scaturisce già dalla prova della parentela sua col defunto.

¹⁾ Non diversamente nel nostro diritto. Cf. in specie TARTUFARI, op. cit. num. 470.

dice perciò ULPIANO ⁴²⁾: *Qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, quod possessor occupavit, sed ex suo iure; et ideo, sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas; sive ex parte, partem licet tu totam hereditatem possideas.* Qui infatti si controverte semplicemente intorno al diritto ereditario dell'attore ⁴³⁾, non anche, come HOMMEL ⁴⁴⁾ erroneamente crede, intorno al diritto ereditario del convenuto quando questi appunto non sostenga di essere erede. Soltanto in questo caso si può giustificare che HOMMEL dica essere la *hereditatis petitio contentio duorum, quis prior veriorque heres sit*. L'azione ha luogo quindi senza dubbio anche contro quel possessore che possiede l'eredità, o una parte, o una cosa di essa come semplice possessore senz'alcun giuridico fondamento in quanto egli contesta il diritto ereditario dell'attore, come insegnerà il seguente paragrafo.

2) La *hereditatis petitio* è un'azione reale, poichè scaturisce dal diritto di eredità, che è reale. Ma con essa si può e si cerca di unire la domanda di talune prestazioni personali. ULPIANO ⁴⁵⁾ dice quindi: *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales: utputa eorum, quae a debitoribus sunt; item pretiorum.* L'attore può quindi pretendere che il possessore renda conto, rifonda il valore delle cose ereditarie vendute e indennizzi anche per i danni cagionati. Queste personali prestazioni hanno a base un'obbligazione, la quale corrisponde all'*ius in personam*. In questo proposito la petizione di eredità viene ascritta alle azioni miste ⁴⁶⁾, come appare anche dal rescritto degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO ⁴⁷⁾ dove dicesi: *Hereditatis petitionem, quae adversos pro herede, vel pro posses-*

⁴²⁾ L. 1 § 1 D. *si pars hered. pet.* [5, 4].

⁴³⁾ CUIACIUS in *Comm. ad Pand.* ad L. 4 e ad LL. 9 e 10 D. h. t.

⁴⁴⁾ *Epist. de mirabili Ulpiani impostura* (Lips. 1759) § 1. Ciò appunto affermava già anche Balth. BRANCHU in *Observ. ad ius Rom.* dec. I cap. 6 pag. 51 seg. Si veda però in contrario le citate *Emendazioni* pag. 131 seg.

⁴⁵⁾ L. 25 § 18 D. h. t.

⁴⁶⁾ Si veda qui specialmente Franc. de AMAYA, *Observation. iuris civ.* (Genevae 1633, 4) lib. III cap. 2 n. 8 seg. pag. 342 seg. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 1. — NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. pag. 178 seg. — De COCCEJI, *Ius civ. contror.* h. t. quaest. 2.

⁴⁷⁾ L. 7 Cod. h. t.

sore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est: cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. Tuttavia i moderni giureconsulti ⁴⁸⁾ spiegano ciò nel senso che quando nella petizione d'eredità vengono dedotte in controversia anche delle prestazioni personali, la *petitio hereditatis* in tal caso venga congiunta con un'azione personale, in guisa che ora sia da ritenere che non è promossa un'unica, ma una doppia azione ^{m)}.

⁴⁸⁾ Vedi le *Berichtigungen und Zusätze* di HÜBNER ad HÖFFNERS *Commentar über die Institutionen* pagine 122-124.

^{m)} Del preteso carattere misto della petizione di eredità sarà detto più sotto alla nota *b* pag. 756. Qui vogliamo soltanto osservare che il carattere reale dell'azione traspare da tutta la dottrina e anche dalla prova addossata al *petitor*. Questa realtà determina poi i giusti confini contro le esagerazioni nel campo della *petitio hereditatis* (Vedi pag. 750 nota *s*). Infatti è un'azione diretta, fondamentalmente, contro un convenuto che l'attore prova possedere e cioè cose ereditarie. Potrà l'attore ripetere con la *her. petit.* anche le cose possedute in mala fede dal defunto? Affermativamente JHERING, *Ueber den Grund des Besitzzschutzes* pag. 85. Negativamente FRANCKE, *Exeg.* I pagina 205; BRUNS, *Besitzklagen* pag. 16. Ma nella petizione, come insegna anche il GLÜCK pag. 752 son comprese pure quelle cose che furono in semplice possesso del defunto, ma alla cui ritenzione egli aveva un interesse giuridico. In senso conforme aveva deciso la nostra antica giurisprudenza OMBROSI, *Thes. Dec. Sel. R. Florent.* X D. 15 n. 15 e 18. A chi spetterà la prova di questo interesse? Non è addossata da PAOLO (L. 19 D. h. t.) all'attore. Cf. FRANCKE, *Exeg.* I pagina 205. Quindi il convenuto dovrà provare la mancanza di quell'interesse giuridico o il cessare di esso con la morte del relinquente. Vedi anche BRUNS, *Besitzklagen* pag. 16.

Tuttociò che vi è di speciale in questa rivendicazione universale che si disse dai Romani *petitio hereditatis* si è che il convenuto deve essere uno di quei possessori che, secondo le vedute romane, cadono sotto il titolo di *possessor pro herede* o *possessor pro possessore*. Ma queste formule, ridotte a un linguaggio più chiaro, niente altro vogliono dire che il convenuto deve essere un possessore a titolo universale, perchè allora soltanto quell'azione trova il campo dove svolgersi ed avere efficacia con tutti i suoi caratteri ed effetti. Se nella giurisprudenza toscana per l'uso del foro era ammesso che la petizione d'eredità fosse promovibile contro il possessore singolare quando avesse causa da persona che avrebbe potuto convenirsi nel giudizio universale di petizione d'eredità (*Ann. Giur. Tosc.* II, 1 pag. 74) l'eccezione è più apparente che reale, poichè in ultima analisi si considera il possessore universale. In diritto romano classico vi era poi la speciale competenza del tribunale centumvirale che non si voleva menomata neppure in materia di petizione d'eredità (L. 12 pr. C. *de her. pet.*) E il convenuto che si asserisce erede può rifiutarsi d'impegnarsi in una lite nella quale la qualità d'erede fosse decisa solo incidentalmente: (*exceptio ne praeciud. fiat heredit. petit.*) L. 5 § 2 D. h. t. e FRANCKE, *Exeg.* I pag. 79 seg. II pag. 302-11. Quella eccezione esiste ancora nel nostro diritto? Affermativamente TARTUFARI, op. cit. II pag. 538. Se non che può essere anche aperto l'adito all'inganno. Il convenuto può dichiarare di possedere in virtù di un

3) La *hereditatis petitio* per la sua durata è un'*actio perpetua*, che estinguesi soltanto dopo trent'anni⁴⁹⁾). Finalmente

4) la petizione d'eredità appartiene pure alle *actiones bonae fidei*⁵⁰⁾). Prima di GIUSTINIANO veramente la cosa non era fuori di dubbio, come appare da questo, che in alcuni luoghi delle Pandette è detto che alla *hereditatis petitio* debba essere opposta la *exceptio doli*⁵¹⁾: il che era un contrassegno di un'*actio stricti iuris*. In altri luoghi tuttavia questa *exceptio* non è ritenuta necessaria⁵²⁾. GIUSTINIANO decise la cosa⁵³⁾; quindi anche al *malae fidei possessor* vengono rimborsate *officio iudicis* le spese necessarie e utili, sebbene la *exceptio doli* non sia stata opposta⁵⁴⁾.

49) L. 7 Cod. h. t. — BRANCHU, *Observ. ad ius Rom.* dec. II cap. 20 pag. 281 crede tuttavia che la *hereditatis petitio* sia *perpetua* solo *quatenus est in personam*. Ma la L. 7 Cod. non lo dice.

50) L. 12 § 3 Cod. h. t.

51) L. 39 § 1 D. h. t.; L. ult. D. *eodem*.

52) L. 38 D. h. t.

53) Vedi Ant. FABRI, *Coniectur. iur. civ.* lib. XIV cap. 18 — e WESTPHAL nel *Comm.* citato sopra parte 5.^a § 363.

54) L. 38 D. h. t.

titolo singolare e così frustrare del tutto il processo intentato dall'attore, procurare indugi, spese, ecc., fors'anco render vano lo scopo di un secondo processo di rivendicazione.

Qui vi sono dubbiezze. Secondo alcuni l'attore dovrà provare che il convenuto non crede alla verità del suo titolo (WINDSCHEID, § 615 nota 14 cf. § 614 nota 5), secondo altri quell'affermazione del convenuto di avere un titolo singolare non esclude la petizione d'eredità ed esso deve provare la verità del suo titolo (SINTENIS, § 190 Anm. 35). Ma riguardo a questa seconda opinione già il WINDSCHEID, loc. cit. ha osservato che non può appoggiarsi sulla L. 3 Cod. *quor. bon.* 8, 2.

La interrogazione *in iure* cui si allude anche nel testo p. 733 eliminava la difficoltà; oggi, anche nel diritto romano odierno, si ammette il cumolo della *hered. petitio* con la *rei vindicatio* o si autorizza il giudice a considerar quella eventualmente tramutata in questa. Vedi anche SINTENIS, loc. cit.; WINDSCHEID, loc. cit.

Da tutto pertanto emerge la qualità reale della petizione d'eredità a favore di un proprietario non possessore contro un possessore non proprietario.

2) Ciò è conforme all'art. 2136 Cod. civ. Onde il possesso di beni creditari donati presso il donatario non gli dà titolo legale a prescrivere in 10 anni; ma la prescrizione decennale può verificarsi riguardo all'acquisto di un singolo cespite dell'eredità. App. Napoli 23 marzo 1870 (*Legge X*, I pag. 839).

o) Cf. FRANCKE, *Exeg.* I pagine 311-13, pag. 331. Già i glossatori avegano chiaramente riconosciuto questo carattere della petizione d'eredità.

§ 565.

*Contro chi ha luogo la H. P.? Chi è possessor pro possessore?
Chi è da ritenere pro ficto possessore?*

La petizione di eredità può essere promossa contro chiunque possiede la eredità presa di mira, o anche qualche cosa di essa, o un surrogato procurato per mezzo di essa, in quanto egli pone in dubbio il diritto ereditario dell'attore. Come azione universale ha luogo quindi anche contro colui il quale ha alienato le cose ereditarie, ma ne possiede il prezzo⁵⁵⁾ p). *Nam pretium succedit in locum rei.* Anzi, quando pure l'alienante non ne abbia ancora ricevuto il prezzo, si può agire contro di lui così come se già lo avesse ricevuto, perchè egli lo può sempre esigere, o deve trasmettere all'attore, dietro sua domanda, gli *iura cessa*⁵⁶⁾. Qual valore sborsato per la eredità è da considerare pure la stima che un erede usurpante abbia ottenuto da colui che egli convenne a causa dell'eredità, così per una frode da lui commessa o per la sua disobbedienza riguardo all'eredità stessa⁵⁷⁾. Anche quando un debitore non vuole pagare la eredità perchè sostiene di essere egli l'erede e nega tale qualità all'attore, la petizione di eredità è fondata contro di lui⁵⁸⁾, non meno che contro colui, il quale come erede usur-

⁵⁵⁾ L. 16 § 1 D. h. t.

⁵⁶⁾ L. 16 § 5 D. eod.

⁵⁷⁾ L. 16 § 2 D. h. t. — JULIANUS libro 6 Digestorum ait: *ab eo, qui petit hereditatem, et litis aestimationem consecutus est, hereditatem peti posse.* Vedi WESTPHAL § 415.

⁵⁸⁾ L. 13 § 15 D. h. t.; LL. 14, 15 e 16 § 3 D. h. t. Se il debitore sostiene di essere erede, ma pone soltanto in dubbio il diritto ereditario dell'attore, non è promovibile contro di lui la petizione d'eredità, ma l'erede si vale contro di lui dell'azione per il debito e si legittima così *ad causam*. L. 42 D. h. t. Vedi HUBER in *Pandect. ad Pand.* h. t. § 3 e in *Eunomia Rom. ad h. L.* pag. 286 e WESTPHAL § 393.

p) Cf. in genere per questo paragrafo il FRANCKE, *Exeg. dogm. Comm.* I ad LL. 9-20 D. h. t. Non si può dubitare che anche pel nostro diritto la petizione d'eredità è promovibile in caso che delle cose ereditarie non esista che il prezzo. SERESIA, op. cit. n. 95. TARTUFARI, op. cit. II n. 405. Di qui anzi il primo induce che oggi pure la petizione d'eredità è azione mista.

pante abbia esatto dei crediti ereditari ⁵⁹⁾. Non è promuovibile invece contro colui il quale possiede la eredità o cose che le appartengono, in base ad altro titolo, perchè questi non contesta il diritto ereditario dell'attore ⁶⁰⁾. Il convenuto si può difendere qui con la *exceptio laudationis auctoris* e chiedere che l'attore venga rimesso con la propria pretesa all'autore di lui ⁶¹⁾ ^{q)}. Se questi nondimeno sia assente, l'azione può essere spedita al possessore almeno allo scopo che egli dia notizia di ciò all'assente e da esso ottenga una autorizzazione per trattare la causa. Se l'assente non dà notizia di sé, il possessore dee tuttavia impegnarsi nella lite ⁶²⁾. Ma la petizione d'eredità non ha luogo in alcun modo contro colui, il quale possiede bensì una cosa spettante all'eredità, ma nega che a questa appartenga senza conte-

⁵⁹⁾ L. 16 § 1 D. h. t. *Qui a debitore hereditario exijt, petitione hereditatis tenetur.*

⁶⁰⁾ L. 13 § 12 D. h. t. *Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum, an ille ratum habeat, pulo, absentis nomine petendam hereditatem, ipsius vero nequaquam; quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet. Nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse. Tunc enim suo nomine teneri potest.*

⁶¹⁾ Vedi GÖNNERS, *Handbuch des deutschen gemeinen Processes* vol. I numero XVI.

⁶²⁾ WESTPHAL nel cit. *Comm.* § 392.

q) Il detentore convenuto potrà farsi mettere fuori di causa indicando la persona in cui nome possiede, SERESIA, op. cit. n. 63. Arg. art. 1582 Cod. civ. Certamente se egli s'impegna nella lite come possessore, potrà cadere nella categoria dei *facti possessores*. Ma sarà applicabile al nostro diritto l'insegnamento del GLÜCK in caso che l'assente non dia alcuna notizia di sé e tuttavia il detentore possieda in nome di lui? Mi sembra che la L. 13 § 12 D. h. t. riferita anche dal nostro autore in nota 60 non si debba accogliere ad occhi chiusi. Incominciamo dall'osservare, come molto giustamente ha fatto il FRANCKE ad h. L. I pag. 173, che ULPIANO non pensa affatto ad una citazione personale dell'assente, forse perchè contro persone le quali si trovavano in distretti giudiziari stranieri non si ammetteva citazione. E anche nel diritto giustiniano per cause civili non aveva luogo citazione per mezzo di requisizione di tribunali stranieri. Se si tratti di persona legalmente assente, il detentore non sarà obbligato ad impegnarsi nella lite, a meno che non accampi esso la qualità d'erede o non possa considerarsi come un procuratore dell'assente. In caso diverso la petizione d'eredità potrà restare in *suspensio* finchè non intervenga il curatore del presunto assente o non sorga una vera e propria controversia fra coloro che pretendono di essere immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente. Appena è necessario avvertire che se taluno possieda in nome dell'immesso nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, sono questi ultimi che debbono essere convenuti. E per ciò e riguardo al carattere dell'azione ci rimettiamo a quanto fu detto sopra in nota f.

stare perciò all'attore il suo diritto ereditario. Egli sostiene di aver comprato la cosa o di averla acquistata per altro titolo singolare⁶³). Contro tal possessore la petizione d'eredità sarebbe stata promossa del tutto inefficacemente, perchè qui il convenuto non ponesi in alcuna contraddizione col diritto dell'attore. Questo può essere pur sempre erede e tuttavia il relinquirente può aver, durante la sua vita, venduto o donato cose e beni e il convenuto possederli legittimamente *titulo singulari*. Posto dunque che l'attore abbia già pienamente dimostrato il suo diritto ereditario, che cosa gli giova dal momento che il convenuto non glielo contesta e con ciò non viene distrutto il fondamento che il convenuto adduce a suo favore? Qui pertanto invece della petizione d'eredità deve si far uso di un *iudicium singulare*, cioè della *rei vindicatio*⁶⁴). L'attore dovrebbe quindi in primo luogo dimostrare la proprietà del relinquirente e poi dimostrare particolarmente la circostanza che egli è diventato erede di questo proprietario⁶⁵). Tuttavia può aver luogo talora anche un'azione semplicemente personale; per esempio, la cosa che il terzo possiede gli fu data a prestito dal relinquirente dell'attore. Qui l'erede promuove appunto quell'azione, che il defunto avrebbe dovuto adoperare in questo caso, e si legittima in pari tempo come erede *ad causam*⁶⁶).

Siccome per il fondamento della petizione d'eredità, spesso si ha riguardo a questo che si sappia a qual titolo il possessore si arroghi una cosa spettante all'eredità, il convenuto può esser tenuto a rispondere alla domanda, se egli si approprii la cosa posseduta in qualità d'erede o come possessore o per qualche proprio titolo giuridico. Qualora il possessore risponda che egli non possiede la cosa su cui l'attore accampa una pretesa nè come erede, nè *pro possessore*, lo scopo dell'attore è raggiunto. Ora egli sa che la *petitio hereditatis* non è fondata contro questo possessore e di più non ha bisogno di sapere. Non si può infatti dimostrare con la glossa ricorrendo ad una costi-

⁶³) Vedi Geb. Christh. BASTINELLER, *Diss. de lite heredis cum possessore singulari* (Vitemb. 1727).

⁶⁴) L. 7 Cod. h. t.; L. 4 Cod. *in quibus caus. cesset longi temp. praeser.* [7, 34]. — Arn. VINNIUS, *Select. iuris Quaest.* lib. I cap. 23.

⁶⁵) WESTPHAL, nel sopra cit. *Comm.* § 380.

⁶⁶) Vedi BASTINELLER, cit. *Diss.* § 10.

tuzione di ARCADIO e ONORIO ⁶⁷⁾ che il possessore nella petizione di eredità possa esser costretto mediante una *interrogatio in iure* a dichiarare, contro ogni regola del diritto comune, il fondamento giuridico del suo possesso. Diceasi invero in quella: *cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum scilicet, qui diceri cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat*. Lo HOPACKER ⁶⁸⁾ crede veramente che il significato di questa legge approdi solamente a ciò che il possessore nella petizione di eredità quando possieda la cosa *titulo singulari et proprio*, debba dire che egli non possiede *pro herede* nè *pro possessore*, perchè diversamente, quando impegnasi nella lite, ammette in modo tacito o di possedere per l'uno o per l'altro motivo. Ma posto che il convenuto eccepisca non aver luogo l'azione, non possedere egli la cosa nè *pro herede*, nè *pro possessore*, l'azione fu promossa invano e l'attore ha fatto spese inutili. Ciò deve essere evitato per mezzo della *interrogatio in iure*. Che l'erede possa pretendere dal possessore di una cosa spettante all'eredità che egli dica se la possiede *pro herede* o *pro possessore* o per un proprio titolo giuridico è confermato anche dai Basilici ⁶⁹⁾, nei quali il passo, secondo la versione del FABROT, suona così: *Nemo iure expetit ab aliquo, ut titulum suae possessionis dicat. Solus autem petitor hereditatis iure desiderat, ut possessor dicat, utrum pro herede, an pro possessore, vel quo alio titulo hereditatem possideat*.

I nostri pratici ⁷⁰⁾ ammettono nondimeno in questo caso, invece di una domanda al convenuto per qual motivo possieda, un cumulo alternativo della petizione d'eredità con la rivendicazione. Anzi il LEYSEE ⁷¹⁾ sostiene che quando pure la *petitio hereditatis* fosse specialmente stata promossa contro un *possessor singularis*, il giudice potrebbe

67) L. 11 Cod. h. t.

68) *Princ. iur. civ.* tom. II § 1672 nota a.

69) Tom. V, Lib. XLII, Tit. I, pag. 568. Οὐδεὶς μὲν καλῶς ἀπαιτᾷ τινα λέγειν ποθεν νέμεται. ἔ δὲ τὴν τῶν κληρονομαίων ἐπίκλησιν κινῶν, μόνος καλῶς ἀπαιτᾷ τὸν νεμόμενον εἰπεῖν, εἰ ὡς νομίξων ἑαυτὸν κληρονόμον, ἢ ὡς ἄρπαξ, ἢ μὴ τι ἕτερον τίτλου διακατέχει τὸν κληρονομίαν.

70) De COCCEJI, *Ius civ. controuv.* h. t. qu. 9 nota. — BOEHMER, *Doctr. de actionib.* sect. III § 2. — DANZ, *Grundsätze des ordentlichen Processes* § 84 nota a.

71) *Medit. ad Pand.* vol. II spec. XCIV medit. 2.

per motivi di equità mantenere valido il libello e prender cognizione come se fosse stata promossa la vera *rei vindicatio*.

Vi sono tuttavia dei casi in cui quegli che si è impossessato di beni ereditari *titulo singulari* può esser convenuto con la petizione d'eredità. Così

1) quando il possessore li comprò come una *universitas* dall'erede usurpante. In questo caso si deve considerare se il compratore sia in *bona fide* o abbia saputo che al venditore non spettava alcun diritto sulle cose. Soltanto nella seconda ipotesi egli può esser convenuto con la *petitio hereditatis utilis* ⁷²⁾. Ma nella prima ipotesi propriamente la petizione d'eredità deve esser promossa contro il venditore e soltanto in *subsidium*, quando contro di questo niente si può ottenere, risponde il *bonae fidei emptor* in quanto siasi arricchito ⁷³⁾ r).

⁷²⁾ L. 13 § 8 D. h. t. — Ant. FABER in *Rational. ad h. L.* trova, veramente molto da obiettare qui in contrario, ma veggasi HUBER in *Eunomia Rom.* pag. 269.

⁷³⁾ L. 13 § 4 D. h. t. — Vedi WESTPHAL nel cit. *Comm.* § 400.

r) Questa dottrina del Glück non mi pare basata sulle fonti e non l'accoglie neppure il FRANCKE, *Exeg. dogm. Comm.* I pag. 161 nota 1. Se nella L. 13 § 8 D. h. t. ULPIANO decide la questione soltanto riguardo ad un possessore di mala fede, non ne discende che abbia negato l'azione contro un *bonae fidei emptor*. Alcuni giureconsulti ritenevano che il compratore in mala fede di una eredità fosse da porsi nella categoria del *possessor pro possessore* e che quindi contro di lui si potesse promuovere una vera *hereditatis petitio*. Invece ULPIANO e con lui PAOLO (L. 2 § 1 D. *pro empt.* 41, 4) non dividevano questa opinione. Perciò contro l'*emptor universitatis* doveva aver luogo soltanto una *utilis petitio hereditatis*. Pertanto in caso di vendita dell'eredità, l'erede vero potrà agire contro il venditore per il prezzo di vendita e se questi alienò in mala fede convenirlo anche come *fictus possessor*. Oppure potrà rivolgersi contro il compratore dell'eredità con la *utilis hereditatis petitio*. Con ciò ha sempre un vantaggio maggiore a quello di ricorrere ad una quantità di singole rivendicazioni. Ma non potrà esimersi dal riconoscere nel compratore i diritti e i vantaggi di un *bonae fidei emptor*. Né la *utilis hereditatis petitio* si può dire in tutto identica alla *directa*. In sostanza il germe della distinzione trovasi già nella Glossa, la quale ad L. 2 C. *de petit. heredit.* 3, 31 osserva che la restituzione dei frutti dell'eredità non può esser pretesa che da colui contro il quale è promovibile la diretta e vera petizione d'eredità. Il principio così generalmente formulato (*fructibus... augetur hereditas cum ab eo possidetur a quo peti potest*) dalla L. 2 cit. conferma, insieme alla espressione generale dei frammenti del Digesto (*eum teneri heredit. petitione qui vel pro herede vel pro possessore possidet*) che non si può davvero accogliere la tendenza della giurisprudenza francese a considerare erede apparente soltanto colui che ha un titolo senza vizi apparenti ed è di buona fede. Contro questa tendenza vedi LAURENT, op. cit. IX numeri 513, 513 bis, TARTUFARI, op. cit. II n. 387. In caso diverso l'antitesi non sarebbe esatta.

2) Quando la donna ha fatto acquistare la eredità a suo marito

Nel caso della *heredit. petitio utilis* sono decisive le parole del rescritto contenuto nella cit. L. 2: *emptor autem qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum iure convenitur*. Secondo il FRANCKE, *Exeg.* I pag. 169, vorrebbero dire che in tal caso il convenuto è tuttora (*etiam*) da giudicare secondo i principi della *rei vindicatio* e che quindi a questa *utilis heredit. petitio* non si applicano tutti i principi della *directa*. Io confesso di non essere del tutto filologicamente persuaso della interpretazione che il FRANCKE fa dell'avverbio *etiam*. Egli schieravasi così contro la comune opinione. Favorevoli a lui sono AVERANIUS, *Der Erbschafts Kauf im rom. Recht* (Leipzig 1877) pag. 86 seg.; WINDSCHEID § 614 nota 7 il cui modo di esprimersi nel testo su questo punto è da imitarsi. Per noi, prescindendo qui da più sottili ricerche, è interessante vedere come il SERESIA, op. cit. n. 102 seg., abbia applicato questa distinzione al diritto odierno. Il POTHIER IX num. 375 aveva insegnato che « *cette distinction des actions directes et utiles, qui ne different que subtilitate iuris est inconnue dans notre droit* ». Il SERESIA invece loc. cit. sostiene che soltanto vi sono dei casi nei quali la petizione diretta d'eredità ha press'a poco l'identico effetto della utile. Così quando l'azione utile è concessa ad un acquirente dell'eredità contro un erede apparente. E tale secondo il SERESIA sarebbe il caso che la petizione sia concessa contro colui che abbia acquistato scientemente l'eredità altrui. In ciò il SERESIA appoggiasi a FRANCKE *Exeg.* I pag. 166 che osserva non essere di alcuna importanza ricercare se gli stessi principi della diretta petizione d'eredità si applichino alla utile quando il compratore acquistò scientemente un'eredità non spettante al venditore. Infatti il compratore possied-qui, è vero, *pro emptore*, ma non può usucapire e neppure ha l'acquisto dei frutti proprio di un *bonae fidei emptor*. Certamente non è un *possessor pro possessore* e quindi secondo il rigore della formula di ULPIANO, è più, a mio credere, della procedura romana con precisi tipi di azione, non può esser convenuto con la diretta petizione di eredità. Io non posso accogliere la teoria del SERESIA se egli vuol distinguere oggi pure fra azione diretta ed utile. È noto che l'odierno sistema procedurale, dove il fondamento del diritto da tutelare fa sorgere e determina l'azione, non ammette quella distinzione, naturale nel sistema romano, in cui, fissato un tipo d'azione, era possibile di estenderla, soltanto come utile, a casi analoghi. Ma veramente si può ancora discutere se gli effetti abbiano ad essere gli stessi quando, come non v'è dubbio anche nel nostro diritto (TARTUFARI, op. cit. II numeri 395, 486), la petizione sia diretta contro il compratore dell'eredità. E veramente ha ragione il SERESIA, op. cit. pag. 149 ove a proposito della giurisprudenza romana osserva che se fu condotta ad accordare una utile petizione contro il compratore, « *cette disposition, qui a eu uniquement pour but de simplifier la procedure, n'a pas touché au fond du droit* ». In sostanza i giureconsulti romani ben comprendevano che nel caso del compratore dell'eredità, l'effetto avrebbe dovuto esser raggiunto dal vero erede con tante parziali rivendicazioni e solo per causa di utilità (*ne singulis iudiciis vexaretur* L. 13 § 4 D. h. t.) gli accordarono la utile petizione d'eredità. Ma dal rescritto citato sopra di SEVERO e ANTONINO (L. 2 C. de *pet. her.*), si vede chiaramente come diversificasse riguardo ai frutti la diretta dalla utile petizione d'eredità.

Ponendoci dal punto di vista del TARTUFARI che difende anche pel diritto nostro la esattezza della formula romana indicante il convenuto (*qui pro herede vel pro possessore possidet*) è interessante ricordare una opinione del SERESIA, op. cit. num. 59 secondo la quale oggi in caso di convenuto compratore di mala fede dell'eredità, questi si potrebbe, diversamente dal diritto romano, considerare qual *possessor pro possessore*. Quindi secondo il SERESIA, op. cit. n. 103 avrebbero luogo tutti gli effetti della petizione d'eredità. Egli argomenta dall'art. 1559 del Cod. napol. (= 1459 Cod. civ. ital.) in

a titolo di dote, ha luogo contro di questo la *hereditatis petitio utilis* ⁷⁴⁾; sebbene anche la donna possa essere convenuta con un'*actio directa* ⁷⁵⁾.

Pertanto la petizione d'eredità è promuovibile solamente contro quel possessore, il quale contesta all'attore il suo diritto ereditario. Quegli può essere o un vero o un finto possessore.

I) Un vero possessore possiede la eredità, o

1) *pro herede*, quando egli crede di essere erede o veramente sa di non esserlo, ma ha tuttavia un titolo giuridico a suo favore ⁷⁵⁾, ovvero

⁷⁴⁾ L. 13 § 10 D. h. t. Vedasi qui contro la inutile critica del FABER, HUBER, *Eunom. Rom.* pag. 271.

⁷⁵⁾ L. 11 pr. D. h. t. *Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an*

virtù del quale la vendita della cosa altrui è nulla, essendo oggi questo contratto traslativo di proprietà. Osserva poi che consultando i lavori preparatori del Codice vedesi che questa nullità è fondata su motivi di moralità pubblica e quindi è radicale e assoluta. Perciò l'acquirente non avrebbe alcun *proprius titulus* e sarebbe da considerare come *possessor pro possessore*. La dottrina del SERESIA mi sembra accettabile, molto più che la stessa L. 2 C. *de her. petit.* equipara al vero e proprio *malae fidei possessor* il compratore di un'eredità litigiosa. Ma io credo pure che non si debba esagerare il valore odierno della ricordata formola romana relativa al convenuto. Ha quindi per noi poca importanza che questi si possa o no romanamente qualificare come *possessor pro possessore*. Tutto dipende dalla buona o mala fede: a questo criterio riconducevasi la ricordata differenza tra la diretta e la utile petizione d'eredità. E mi piace osservare che anche coloro i quali, come il TARTUFARI, sostengono essere erede apparente tanto il possessore di buona come di mala fede soggiungono tosto « comechè dalla buona o mala fede e dal titolo, vizioso o no, scendano poi conseguenze diversissime ». Sono d'accordo col SERESIA che avendo la giurisprudenza assimilato proceduralmente il compratore di un'eredità ad un *possessor pro herede* o *pro possessore* per poterlo convenire con un'azione utile di petizione d'eredità non se ne può indurre che quando egli sia in buona fede perde per ciò soltanto tutto ad un tratto i vantaggi naturalmente e legalmente annessi alla sua posizione. Quindi in tal caso la petizione utile d'eredità non produrrà che la somma degli effetti che le azioni di rivendicazione, di cui è un surrogato, avrebbero prodotto in una serie d'istanze. Praticamente la differenza si vedrà nella responsabilità del convenuto che non si estende ai *fructus successionis*. Ma con ciò non credo affatto si possa parlare col SERESIA di « action utile en pétition d'hérité sous l'empire du Code civil ». Le differenze si verificano oggi in unico tipo, sebbene complesso, di petizione d'eredità per i criteri diversi che imperano nei singoli casi e principalmente qui perchè si tratta di un acquirente di buona fede dell'eredità. Io ripeto volentieri le parole del TARTUFARI, op. cit. II num. 387 che esprimono qui il mio pensiero: « si confonderebbero i diversi concetti giuridici ove si ritenesse il compratore sottrarre all'erede apparente e farne le veci, come se mutamento di persone non fosse avvenuto ». L'altro criterio fondamentale, sciolto ormai da considerazioni di azione diretta od utile, è quello della buona fede. E vedasi come lo adoperino i civilisti: TARTUFARI, op. cit. II num. 559. Ma fu ciò torneremo in seguito.

*) Nello stesso senso TARTUFARI, op. cit. II num. 394.

2) *pro possessore* quando il possessore o non è in grado d'indicare affatto alcun titolo o il titolo indicato è invalido o è fittizio ⁷⁶⁾. Lo HOMMEL ⁷⁷⁾ crede veramente che ULPIANO abbia errato in questa spiegazione, che il *possessor pro possessore* sia piuttosto il *bonorum possessor*, il quale possiede la eredità come presunto *heres praetorius*; la petizione d'eredità sarebbe quindi accordata soltanto contro quegli che possiede come presunto erede ^{t)}. Ma già da altri ⁷⁸⁾ è stato di-

et is qui scit, se heredem non esse pro herede possideat, quaeritur? Et ARRIANUS *lib. secundo de interdic'tis putat teneri. Quo iure vos uti Proculus scribit. — L. 13 § 8 D. eodem. Si quis sciens alienam emit hereditatem quasi pro possessore possidet: et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram. Nemo enim praedo est, qui pretium numeravit. Sed ut emptor universalis utri tenetur.*

⁷⁶⁾ L. 11 § 1 D. h. t. *Pro possessore vero possidet praedo. — L. 12 D. eodem. Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: quia possideo, nec contendat se heredem, vel per mendacium (sc. hoc contendat). — L. 13 D. eodem. Nec ullam causam possessionis possit dicere. Et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. L. 13 § 1 D. eodem. Omnibus etiam titulis licet pro possessore haeret, et quasi iniunctus est (cioè, ogni titolo che non sia nullo fa del possessore un *possessor pro possessore*). Denique et pro emptore titulo haeret. Nam si a furioso emero sciens pro possessore possideo. Idem in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat; utputa uxor et maritus? Et placet nobis JULIANI sententia, pro possessore possidere eam, et ilico petitione hereditatis tenebitur. Item pro dote titulus recipi pro possessore possessionem: utputa si a minore duodecim annis, nupta mihi quasi dotem sciens accepi.*

⁷⁷⁾ *Rhapsod. quaest. for. vol. IV obs. 675.*

⁷⁸⁾ KOCH, *Specim. comp. Pandect.* (Jenae 1757) med. 6 pag. 41. — HOFACKER in *Princ. iur. civ.* tom. II § 1672 nota *f* pag. 821. — Jo. Theoph. SEGER, *Diss. quaestion. for. Syllog. II cont.* (Lipsiae 1773) quaest. 3 pag. 24 — e HÜBNER, *Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des röm. Rechts* (Leipz. 1801, 8) pag. 131 seg.

^{t)} Io non credo sostenibile la opinione dello HOMMEL, ma essa mostra la indeterminatezza della formola romana *possessor pro possessore* in caso di convenuto con la petizione di eredità e il bisogno per noi di accoglierla con ulteriori determinazioni. ULPIANO usò veramente quella formola e possiamo ritenere che fosse comunemente adoperata (come criterio decisivo figura ad esempio, nella L. 13 § 12 D. h. t.) ma la sua concreta determinazione derivava da speciali vedute romane che sembrami aver trascurate il TARTUFARI nella sua dotta difesa della odierna applicabilità di quella. E malgrado le ipotesi dal SAVIGNY in poi non si può dire che gli odierni romanisti ci abbiano sufficientemente spiegato questa equiparazione del *possessor pro possessore* al *possessor pro herede*. Cf. ARNDTS, *Beiträge zu versch. Lehren des Civilr. und Civilpr.* pagine 31, 32; FRANCKE, *Exeg.* I pagine 143, 144; VANGEROW, II pag. 345.

mostrato che questa ardita asserzione è scaturita da una palese *petitio principii*. Egli presuppone, cioè, incondizionatamente che la *hereditatis*

WINDSCHEID, § 614 nota 4. In sostanza si vuole argomentare da ragioni pratiche e di utilità per l'erede vero, ma il WINDSCHEID, loc. cit., accenna a voler dar qui il maggior peso alla *improba usucapio pro herede*, in virtù della quale il possesso *pro possessore* si sarebbe rappresentato immediatamente come un attacco al diritto ereditario. Una volta riconosciuto il principio ne sarebbero state tratte anche delle conseguenze che non si collegano alla *usucapio pro herede*. Nondimeno questo rapporto tra la ricordata equiparazione e la *usucapio pro herede* non è abbastanza fondato. Invero il principio che la *petitio hereditatis* può esser diretta contro un *possessor pro possessore* ha un'orbita più vasta della possibilità di una *usucapio pro herede*. Cf. FRANCKE, *Exeg.* I pag. 144.

Dalle L. 11 § 1; L. 13 § 1 D. h. t. vedesi esser *possessor pro possessore* l'occupante dell'eredità, il quale non afferma di essere erede, nè può addurre a suo favore alcun titolo di possesso, e colui il quale in mala fede è divenuto possessore in base ad un titolo nullo. Ma si dovrà trattare di un possessore dell'intera eredità? No certo, perchè ULPIANO stesso ci avverte esser *possessor pro possessore* tanto chi possiede la eredità come una *universitas iuris*, quanto chi ne possiede una parte benchè minima (*qui vel ius... pro possessore possidet, vel rem hereditariam*. L. 9 D. h. t.). Invero ciò era logico verificandosi lo stesso nel caso del *possessor pro herede* cui si voleva equiparato il *possessor pro possessore*. Appena il possessore poteva addurre un *iustus titulus* doveva originariamente cessare la *petitio hereditatis*, ma per ragioni di opportunità, si istituì in questi casi la utile petizione d'eredità. Del resto la frase *possessor pro possessore* è di tal generalità che davvero conviene a tutti i titoli come dice ULPIANO (L. 13 § 1 D. h. t.) e in tutti è implicito. Non si può neppure far entrare nella categoria dei titoli atti a produrre la usucapione, perchè il titolo *pro suo* implica la persuasione del possessore di esser divenuto proprietario. Quindi davvero in lato senso *possessor pro possessore* è l'occupante dell'eredità e vien fatto di supporre veramente che la surriferita equiparazione sia derivata dal desiderio di proteggere efficacemente il diritto del vero erede, da quella stessa tendenza che condusse ad abolire la *improba usucapio pro herede*. E sotto questo aspetto è notevole la tendenza di quei giureconsulti romani che volevano considerare come *possessor pro possessore*, anche colui che scientemente compra un'eredità altrui (L. 13 § 8 D. h. t.). Era come la evoluzione completa di quella equiparazione del *possessor pro possessore* al *possessor pro herede*. Ma se non fu completa in questo modo facile e piano, si arrivò allo stesso risultato con i casi di utile petizione d'eredità. Già questo svolgimento mostra che oggi, per la abolizione delle azioni utili, omai affatto discordanti dai nostri sistemi procedurali, quella formola *possessor pro possessore* non può essere accolta più nel rigoroso significato romano. Tuttavia si può dire che oggi pure può esser convenuto con la petizione d'eredità tanto colui che possiede come successore universale, quanto il possessore senza alcun titolo, vuoi dell'intera eredità, vuoi di un oggetto o diritto ereditario e colui che scientemente si appoggia sopra un titolo radicalmente nullo, non meno che l'indegno. Si può del resto argomentare da ragioni di opportunità e di comodità a favore dell'erede e dal desiderio di non proteggere la mala fede del convenuto, ma non mi sembra esistere motivo giuridico tanto decisivo che, senza alcun dubbio possibile, ci induca a considerare il *possessor pro possessore* di una singola cosa ereditaria come necessariamente passibile di petizione d'eredità, piuttostochè di rivendicazione. Ed io credo che in taluni casi l'erede potrà decidersi ad una rivendicazione di oggetti ereditari in mano di qualche occupante quando le circostanze di fatto gli presentino agevole questa via. Invece in

petitio non sia soltanto una controversia intorno al diritto ereditario dell'attore, ma anche intorno a quello del convenuto, chi, cioè, dei due sia il vero o più prossimo erede. Questa erronea ipotesi è stata già rigettata più innanzi. La petizione d'eredità ha luogo quindi contro ogni possessore della eredità, considerata come *universitas*, quando egli pure non possieda come erede, ma tuttavia ponga in dubbio il diritto ereditario dell'attore, perchè la rivendicazione è un'*actio singularis* la quale non può dirigersi ad una *universitas iuris* ⁷⁹⁾.

Talora nella medesima eredità l'uno può esser preso di mira come *possessor pro herede*, l'altro come *possessor pro possessore* ⁸⁰⁾. Tale è il caso quando taluno ha spogliato del possesso violentemente colui che possedeva la eredità *pro herede*. Qui il vero erede può a sua scelta dirigersi contro lo spogliato, quasi *iuris possessorem* ⁸¹⁾, *quia habet in-*

⁷⁹⁾ L. 56 D. *de rei vind.* [6, 1].

⁸⁰⁾ L. 16 § 4 D. h. t.

⁸¹⁾ Nella *hereditatis petitio* dicesi il convenuto *iuris possessor*, quando non possiede bensì la cosa, ma può possederla, avendo una apposita azione, di cui si reclama da lui la cessione. LL. 9 e 18 § 1; L. 35 D. h. t. Questi può essere convenuto per mezzo della petizione di eredità, perchè rifiutasi di fare qualche cosa, che l'attore, come erede, crede di poter pretendere da lui e arrogarsi quindi una parte del diritto ereditario generale. Vedi. Fr. Carl. von SAVIGNY, *Recht des Besizes* § 8 pag. 74 seg.

caso di occupante dell'eredità nel suo complesso non è applicabile il concetto di rivendicazione (*actio singularis*) ed è necessario ricorrere alla petizione d'eredità. Questa è pure l'idea del Glück, ed io la credo rispondente anche ai testi, ammesso però che qui pure l'erede non si decida ad una serie di parziali rivendicazioni. Questa scelta, strana nel caso ultimamente configurato, ma concepibile nell'altro di occupazione di singolo oggetto ereditario e indubbiamente ammessa dalle fonti (Cf. anche FRANCKE, *Exeg.* I pag. 144) conferma che non vi è alcuna necessità giuridica di dire che è convenuto nella petizione d'eredità tanto il *possessor pro herede*, quanto il *possessor pro possessore*. I compilatori del prog. di Codice civile tedesco hanno ben compreso che non si può, nè si deve togliere questa scelta all'erede attore, salvo ad accordare un'eccezione al convenuto che vuol esser giudicato coi principi della petizione d'eredità *Motive V* pagine 592-93. Le formole sono buone specialmente quando esprimono un necessario verificarsi di fatti; possono generare confusione ed equivoco se esprimono soltanto una possibilità, una condizione di cose che può anche non realizzarsi. Se si aggiunge poi la indeterminatezza stessa della frase *possessor pro possessore*, già sentita a Roma, ma in grado assai maggiore oggi, il diritto nostro avrà tutto da guadagnare emancipandosene. Cfr. in questo senso pel progetto di Codice civile tedesco: *Motive V*. pag. 578.

terdictum unde vi, quo victus cedere debet ⁸²⁾ o contro l'attuale possessore, *qui deiecit*, perchè possiede la eredità *pro possessore*.

II) La petizione d'eredità si può adoperare anche contro quel convenuto, che non è vero possessore, ma a causa del suo dolo può esser convenuto e condannato come se tale egli fosse. Dicesi questo convenuto un *fictus possessor* ⁸³⁾. Il fondamento di questo rapporto sta nel dolo del convenuto; quindi la regola del diritto civile: *dolus pro possessione est* ⁸⁴⁾. Questo dolo del convenuto che in senso giuridico lo costituisce possessore è concepibile in duplice modo ^{u)}:

⁸²⁾ L. 17 pr. D. *de adquir. vel omitt. poss.* [41, 2]. *Si quis vi de possessione deiectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret: cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.* Vedi von SAVIGNY, pag. 120 nota 1.

⁸³⁾ Ad. Ignat. TURIN, *Diss. de ficto possess.* (Erfordiae 1774) — e Jo. Henr. Christ. ERXLEBEN, *Diss. de eo, quod iuris est circa fictam possessionem, maxime quoad rei vindicationem et hereditatis petitionem* (Goett. 1778).

⁸⁴⁾ L. 131 D. *de Reg. iur.*; L. 157 § 1 D. *eodem*. Questa regola fu introdotta con un Senatoconsulto del tempo dell'imp. ADRIANO nell'anno di Roma 881, le cui parole sono contenute nella L. 20 § 6 D. h. t. Si confronti su ciò HEINECCI, *Diss. de Senatusconsulto Hadriani temporibus facto, quod extat.* L. XX § VI *Dig. de heredit. petit.* nei suoi *Opuscula postuma ad historiam Edictor.* pagina 449 seg.

u) Questi casi di *ficta possessio* sono ammessi dal nostro diritto? Affermativamente rispondono SERESIA, op. cit. n. 60; TARTUFARI, op. cit. II num. 391-392. Cfr. App. Bologna 21 maggio 1889 (*Temi genov.* 1889 pag. 730). L'argomento tratto dall'art. 439 Cod. civ. che ammette la rivendicazione contro il possessore o detentore è solo eccezionalmente contro chi ha alienato dopo la notificazione della domanda giudiziale non è decisivo. Riguarda principalmente il caso della *alienatio iudicii mutandi causa facta* e non può intendersi nel senso che escluda un principio più generale *dolus pro possessione est* (sulla sua maggiore estensione in confronto alla *alienatio iudicii mut. causa facta* vedi FRANCKE, *Exeg.* I pag. 147), molto più che la eredità del diritto italiano è un concetto giuridico pressochè identico a quello del diritto romano. Per noi pure vale la massima che in una universalità di cose *pretium succedit in locum rei*. A me poi pare efficace l'argomento che anche il TARTUFARI deduce dall'art. 933 Cod. civ. Se l'erede apparente è esonerato da responsabilità in tutto o in parte solo quando abbia consumato o alienato in buona fede, ne discende che per ogni alienazione in mala fede sarà responsabile come se tuttora possedesse. Ad accogliere tale utile finzione si potrebbe opporre soltanto la considerazione che così si denatura il carattere reale dell'azione di petizione dell'eredità. Ma se i Romani già avevano saputo piegare qui, come in altri casi, il rigore logico dei principi aiutandosi contro la rigidità dei tipi fissi di azione col ricorrere al carattere misto o, piuttosto, ampio e di buona fede della petizione d'eredità, tanto più dobbiamo essere spregiudicati noi che ci moviamo entro un più largo sistema di azioni. E se anche vogliasi con alcuni interpreti restringere il concetto della reale

1) Quando il convenuto spontaneamente s'impegna nella lite come se possedesse, poichè egli sa che non è possessore, per trarre l'attore in un processo inutile. Di esso dicono le leggi: *liti se obtulit* ⁸⁵⁾. A ciò riferiscesi quello che ULPIANO ⁸⁶⁾ dice: *Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et CELSUS lib. 4 Digestorum scribit, ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter MARCELLUS apud IULIANUM* ⁸⁷⁾ *probat: omnem, qui se offert petitioni quasi*

⁸⁵⁾ Vedi Aemil. Lud. HOMBERGK a VACH, *Diss. de oblatione ad litem* (Marburgi 1746).

⁸⁶⁾ L. 13 § 13 D. h. t.

⁸⁷⁾ MARCELLO ha scritto delle note ai Digesti di GIULIANO e di queste parlasi nel nostro passo; non già dei Digesti di MARCELLO, come ha voluto dimostrare TURIN in *Diss. cit.* § 3 con la L. 13 § 14 D. h. t. Vedi WESTPHAL, *Comm.* § 433.

petizione d'eredità al caso analogo dell'art. 439 Cod. civ. possiamo tuttora restare nell'orbita della petizione d'eredità, ammettendo che siamo in uno di quei casi in cui assume l'aspetto di azione personale. Per questo duplice aspetto vedi BORSARI, *Comm. cit.* § 2014. Del resto pel TARTUFARI, *op. cit.* II pag. 540, saremmo qui nel caso di obbligazioni derivanti da dolo o colpa o quasi contratto e da considerarsi quali inerENZE o accessioni naturali dell'azione reale ereditaria. Sebbene poi niente esplicitamente ci autorizzi ad ammettere nel nostro diritto il caso di *facta possessio* riguardo a colui *qui liti sese obtulit* (ammesso anche nel diritto francese HUREAU, *De success.* III, 93, SERRESIA, *loc. cit.*) io credo che dagli stessi principi generali del nostro diritto materiale e formale, deriva quanto basta per accogliere anche su ciò la teoria romana. Per identiche considerazioni non si è sentito il bisogno di speciali disposizioni sul *factus possessor* nel progetto di codice tedesco. *Motive V* pag. 593. Invero la contestazione della lite, quantunque il nome sia scomparso dalle nostre leggi, è ancora un momento processuale decisivo che ha influenza sul rapporto giuridico; è ancora un contratto o quasi-contratto giudiziale che determina obbligazioni nuove (Cf. la mia nota *a* in questo stesso volume pag. 59). Si comprende agevolmente che qui richiedesi che l'attore non abbia conosciuto sin dalle prime di agire contro chi non era possessore, non dovendo le leggi *esagerare* nella protezione di lui. Per essere considerato qui erede apparente basterà detenere le cose ereditarie? Lo HUREAU, *Des success.* III num. 89, afferma ciò sul fondamento delle LL. 34-36 § 1 D. h. t. Il TARTUFARI, *op. cit.* II pag. 437 nota 6, aderente alla formola romana da lui difesa, lo nega perchè non siamo in caso di possessore *pro herede vel pro possessore*. Ma per la nostra questione a me sembra che la decisione sia facile, come fu detto sopra nota *q*. O il detentore indica la persona in cui nome possiede e si fa mettere fuori di causa; o s'impegna nella lite (e l'attore anzi è confermato nella sua opinione dal vedere che detiene cose ereditarie) e può essere considerato come *factus possessor*. Aggiungi poi che, detenendo cose ereditarie, è facile che in pratica possa esser considerato come un *possessor pro possessore*.

possidentem teneri. Il passo che ULPIANO cita qui dai Digesti di CELSO ricorre pure a sè nelle Pandette di GIUSTINIANO⁸⁸⁾ e dice così: *Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur; nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem initio litis iure eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi*. Vien presupposto nondimeno che l'attore abbia creduto che il convenuto, come questi ha dichiarato, sia il vero possessore, poichè se ha avuto miglior conoscenza e nondimeno convenuto il supposto possessore, sente il danno della sua propria colpa. Tuttavia, come appare dal citato passo di CELSO, il convenuto deve provare la consapevolezza dell'attore, e siccome perciò vengono richieste *evidentissimae probationes*, qui, almeno secondo il diritto romano, non può essere usata la delazione del giuramento⁸⁹⁾. Se il convenuto spacciassi falsamente per il possessore, può riparare al suo trascorso sino a tanto che non abbia recato danno all'attore⁹⁰⁾. Questo è ordinariamente il caso di chi prima della contestazione della lite ritratta la sua falsa asserzione⁹¹⁾, a meno che l'attore per ciò che il convenuto si spacciò falsamente per possessore, non fosse stato trattenuto dal promuovere l'azione contro il vero possessore e con ciò fosse decorso il tempo della prescrizione. Qui incombe al convenuto l'obbligo dello indennizzo dell'attore, quando quegli abbia pure ritrattato la sua asserzione già prima della contestazione della lite⁹²⁾.

2) Quando il convenuto era vero possessore, ma con dolo ha cessato di possedere per frustrare le pretese dell'attore^{v)}. Ciò tanto se il

⁸⁸⁾ L. 45 D. *eodem*. La iscrizione di questo frammento è CELSUS libro quarto Digestorum. Vedi BRENCMANN, *Diss. de Legum inscriptionibus* § 11 in WIELING, *Jurispr. restituta* tom. II pag. 157.

⁸⁹⁾ GÖNNERS, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* vol. I n. XVI § 6 pag. 350. Secondo l'uso del fòro vien tuttavia ammessa la delazione del giuramento BERGER, *Oecon. iur.* lib. II tit. 4 § 54 nota 5.

⁹⁰⁾ ERXLEBEN, cit. *Diss.* cap. I membr. II § 6.

⁹¹⁾ L. 25 D. *de rei vind.* [6, 1]. *Caeterum ante iudicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret; nec videtur se liti obtulisse qui discessit.*

⁹²⁾ Vedi NOODT, *Comm. ad Pandect.* lib. VI tit. I *Oper.* tom. II pag. 165 e HOMBERGK, cit. *Diss.* § 22.

v) Il GLÜCK richiede qui un dolo del già possessore che si estrinseca nella alienazione fatta per frustrare le pretese dell'attore, quantunque poi amplii molto la respon-

convenuto fu da principio *in bona* quanto in *mala fide*⁹¹⁾. A questo riferiscansi le parole di ULPIANO⁹¹⁾: *Item, si quis dolo fecerit, quominus possideat, hereditatis petitione tenebitur*. Se il convenuto siasi scientemente arrogata un'eredità che non gli spettava, egli risponde non soltanto pel suo dolo, ma anche se per sua colpa perdè il possesso⁹²⁾. Il convenuto pertanto non cessa di possedere soltanto quando egli dolosamente vende la cosa a taluno che difficilmente si può colpire, ma anche quando annulla e distrugge la cosa: o tralascia di reclamare cose appartenenti all'eredità che facilmente avrebbe potuto ot-

⁹²⁾ ERKLEBEN, cit. *Diss.* cap. I membr. III § 2.

⁹¹⁾ L. 13 § 14 D. h. t.

⁹³⁾ L. 25 § 2 D. h. t. *Quod ait Senatus: eos, qui bona invasissent, quae scirent, ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent, ita intelligendum est ut et DOLUS PRAETERITUS in petitionem hereditatis deduceretur, sed et CULPA*. Vedi ERKLEBEN, cit. *Diss.* cap. I membr. III § 2 e WESTPHAL, cit. *Comm.* § 489.

sabilità di questo *factus possessor*. Ma è più esatto formulare il principio in modo più generale. Quella idea è assai diffusa. Cf. WETZEL, *Vindicationsprocess* pag. 133; KELLER, *Pandecten* § 544 etc. Anzi secondo il WETZEL il dolo consisterebbe in questo che ci si vuol sottrarre all'azione o si pensa forse anche di procurare all'attore un avversario più pericoloso. Ma con ciò si dimentica, quello che sopra osservavamo, essere assai più ampio il principio del *desinere dolo malo possidere* della *alienatio iudicii mutandi causa*. Intendono il *dolus* del possessore nel nostro caso in un senso più lato WAECHTER, *Erörterungen* III pagine 123, 129; FRANCKE, *Exeg.* I pag. 147 seg. Per le molte formole ed azioni nelle quali il *desinere dolo malo possidere* è equiparato al vero possesso vedi LEIST, *Continuazione di questo Commentario*. Serie dei libri 37-38 I pagine 393-98. (Edz. ital. libro XXXVIII, tit. I, § 1593 d, num. 78). Per le fonti poi il *desinere possidere*, neppure nel nostro caso non si può restringere alla alienazione. Basta che il convenuto siasi posto in condizione di non poter più restituire la cosa. FRANCKE, *Exeg.* I. pag. 147, II pag. 269; BRINZ, *Pand.* III § 222 nota 40. È la stessa mala fede di chi possiede cose altrui che determina, senza ulteriore riguardo alle speciali intenzioni del possessore, la sua responsabilità per essersi posto in condizione di non poter restituire le cose (cf. L. 13 § 2, L. 25 § 2 D. h. t.): tanto è vero che esiste responsabilità siffatta così per dolo come per colpa. Invece la buona fede costituisce una condizione di cose del tutto diversa. Per il possessore di buona fede si doveva aver riguardo necessariamente alla influenza del processo sul rapporto giuridico controverso e stabilire naturalmente la sua responsabilità soltanto dalla *motio controversiae* coll'altro limite giustamente formulato nel S. C. Giovenziano che tal possessore per le diminuzioni dell'eredità innanzi allo iniziamento dell'azione non risponde se non nella misura di quanto si è arricchito. Del resto se questo principio fu introdotto dal ricordato S. C., quello riguardante il possessore di mala fede faceva già parte della giurisprudenza romana (cf. FRANCKE, *Exeg.* II pag. 270) e si può vedere anche nella dottrina della rivendicazione.

tenere dai possessori o debitori ⁹⁶⁾. Infatti anche colui che con dolo ha impedito di pervenire al possesso della cosa è giuridicamente considerato come se *dolose* avesse cessato di possedere ⁹⁷⁾. Se a causa di dolosa alienazione sono sorti successivamente più finti possessori, attraverso alle cui mani è passata la cosa, tutti sono responsabili ⁹⁸⁾ e dipende dall'attore la scelta di chi vuol convenire.

Un finto possessore può esser condannato così come se possedesse realmente la eredità e risponde non solo per la eredità stessa, ma anche pei frutti di questa. Il Senatusconsulto dice: *Perinde condemnandos, quasi possiderent*, parole che ULPIANO ⁹⁹⁾ spiega così: *Merito: nam is, qui dolo fecit, quominus possideret, ut possessor condemnatur: accipies sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere. Unde si sit alius possessor ab utroque hereditas peti poterit. Sed utrum is solus qui possidet, fructus praestabit: an etiam is qui dolo fecit, quominus possideret? et dicendum erit post Senatumconsultum ambo teneri*. Con ciò concorda anche CELSO ¹⁰⁰⁾, il quale dice: *Qui se liti obtulit cum rem non possideret, condemnatur (sc. quasi possideret)*. L'attore può determinare qui mediante giuramento il valore che il convenuto deve rifondergli. ULPIANO ¹⁾ dice: *Haec verba Senatusconsulti etiam adversus eum, qui non possidet, iusiurandum inducunt. Tam enim adversus eum, qui dolo fecit, quominus possideat, quam adversus possidentem, in litem iuratur*. CELSO ²⁾ insegna appunto che l'attore può reclamare anche ogni interesse, quando dice: *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit, non decipi*. L'azione contro il finto possessore vien meno ciò non ostante quando il vero possessore già da principio si dichiara pronto a trattare la causa con l'attore; certo richiedesi che il processo col vero possessore non sia più gravoso di quello col finto possessore, poichè in tali circostanze l'attore non è

⁹⁶⁾ L. 25 § 2 D. h. t. — ERKLEBEN, cit. *Diss.* cap. I membr. 3 § 4.

⁹⁷⁾ L. 25 § 8 D. h. t.

⁹⁸⁾ *Et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur*, dice il cit. § 8 L. 25.

⁹⁹⁾ L. 25 §§ 8 e 9 D. h. t.

¹⁰⁰⁾ L. 45 D. h. t.

¹⁾ L. 25 § 10 D. h. t.

²⁾ L. 45 D. eodem.

obbligato a liberare quest'ultimo. *Sed si alius nactus possessionem, dice ULPIANO* ³⁾, *quam ego dolo amiseram, paratus sit iudicium pati, MARCELLUS lib. 4 Digestorum tractat ne forte evanescoit adversus eum, qui desiit possidere, litis aestimatio? Et magis evanescere, ait, nisi petentis interest. Certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit, evanescere. Sed si is, qui dolo desiit, ante conveniatur, eum qui possidet, non liberabit.*

Sorge ora la domanda se l'erede possa rivolgersi contro il vero possessore anche quando il finto possessore lo abbia indennizzato del valore e di ogni interesse ^{c)}. Le opinioni dei giureconsulti son divise

³⁾ L. 13 § 14 D. h. t.

^{r)} Non vi è dubbio che il terzo possessore resta sottoposto alla petizione d'eredità, anche quando fu convenuto dapprima il *factus possessor*. Ciò è detto da ULPIANO anche nella L. 25 § 8 D. h. t. con le parole: *si alius sit possessor ab utroque hereditas peti potest*. Il FRANCKE, *Exeg.* II pag. 291 trova qui un linguaggio inesatto poichè un terzo possessore in caso che abbia comprato o in altra guisa acquistato la cosa da un *malae fidei possessor*, anche quando acquistò *mala fide*, secondo la dottrina di ULPIANO non può esser convenuto con la *hereditatis petitio*, ma semplicemente con la *rei vindicatio*. ULPIANO, secondo il FRANCKE, avrebbe voluto soltanto brevemente formulare la regola che l'erede ha la scelta o di convenire l'alienante con la *hereditatis petitio* o il vero possessore (con la *rei vindicatio*). Ma si noti che anche il vero possessore, acquirente in mala fede dell'eredità, potrebbe esser convenuto con la *utilis hereditatis petitio* in base alla L. 13 § 8 D. h. t. e considerato come vero *possessor pro possessore* se il suo titolo è nullo (L. 13 cit. § 1). E anche nella L. 25 § 8 cit. si parla di *hereditas*. Quindi ULPIANO è coerente a sè stesso. Non è necessario intendere che qui si tratti di singola cosa ereditaria, sebbene anche in questo caso taluni giureconsulti volessero accordare la petizione d'eredità (Cf. L. 13 § 8 cit., L. 40 § 2 D. *de acq. poss.* 41, 2).

Anche pel nostro Codice art. 439 il proprietario che conviene il *factus possessor* non perde il diritto di promuovere la rivendicazione contro il vero possessore. Ma è piuttosto una scelta accordata al proprietario che una duplicità di mezzi giuridici di pari effetto. E mi sembra che in caso di petizione d'eredità si debba giungere press'a poco ad una eguale soluzione. Naturalmente la valutazione della buona fede nel terzo acquirente: dal *factus possessor* ha qui, come in tutta la dottrina, un gran peso, tanto più che la legge non distingue nell'art. 933 Cod. civ. la buona o malafede dell'erede apparente riguardo all'erede vero. *Sinossi giurid.* fasc. I art. 933 (2).

I principi romani sono piuttosto rigorosi sulla responsabilità del vero possessore, quando pure l'attore sia stato soddisfatto dal *factus possessor*. Lo riconosce anche il FRANCKE, *Exeg.* I pagine 183-84 e non sa proporre altra spiegazione che i Romani partissero dal principio che il *factus possessor* è condannato a prestare ogni volta l'interesse all'attore, che lo determina con giuramento. La somma sborsata qual prezzo della cosa poteva esser considerata come *id quod interest* riguardo alla momentanea sottrazione di questa. Ed è vero che non ha il carattere di azione penale quella che qui si promuove contro il *factus possessor*. Non è dunque fondata l'opinione, accolta anche

su questo punto. Alcuni ⁴⁾, fra cui lo HELLFELD, rispondono assolutamente in modo negativo dicendo che contraddice ad ogni equità richiedere il proprio due volte ⁵⁾, e che tale iniquità salta qui tanto più agli occhi quanto più in una eredità, considerata come *universitas iuris*, il valore subentra al luogo della cosa. Inoltra anche in altri

4) VOET in *Comment. ad Pand. h. t. § 8.* — EMMINGHAUS ad COCCEJI, *Ius controv. h. t. qu. IV nota m pag. 439* e specialmente ERKLEBEN, cit. *Diss. cap. III membr. II.*

5) L. 57 D. *de Reg. iuris.*

dal Glück, di una *poena doli*. Quando poi egli vuol farci osservare che « fondando il possesso un'azione reale, essa non può estinguersi pel fatto che un terzo a cagione del suo dolo ha rifiuto il valore della cosa » si dimentica qui che vi è pure una teoria della concorrenza delle azioni e si cade in una petizione di principio perchè dovrebbe prima dimostrare che ciò che il terzo possessore ha sborsato è conseguenza di una *poena doli*.

Il SERESIA, op. cit. num. 60, non ha dimenticato l'interessante questione. Egli non nega che l'erede abbia azione anche contro il possessore reale, ma sono due azioni « à raison d'un seul et même intérêt ». Quindi se egli promovendo l'una ha ottenuto pieno soddisfacimento (tutte le cose ereditarie, *cum omni causa*), non potrà più intentare l'altra. Ma che cosa è a dire quando il *factus possessor* non potendo restituire i beni, è stato condannato a pagarne il valore e tutti i danni e interessi? Ammettiamo pure che l'erede abbia facoltà di rivendicare le cose, i beni stessi, che egli preferisce al valore, ed ottenga vittoria. Potrà conservare ciò che ha guadagnato nel primo processo? Io risponderei negativamente col SERESIA non già perchè oggi, come egli osserva, non esiste più la *poena doli* (non si può dimostrare nel nostro caso neppure per diritto romano), ma perchè, sotto pretesto di punire la frode, non si deve permettere l'indebito arricchimento altrui. Tanto varrebbe sostenere che avendo i più autori di un fatto illecito tenuto in solido verso il danneggiato, questi può ripetere da ciascuno di essi l'intera somma dei danni e interessi. Inoltre è canone del nostro diritto procedurale che per promuovere un'azione si deve avere un interesse di agire (articoli 36, 134 n. 2 Codice proc. civ.). Quando l'erede è stato pienamente soddisfatto (poni nel caso che abbia già ottenuto i beni stessi ereditari) non ha più alcun interesse ad agire. Tuttavia la soluzione cui giunge il SERESIA che in caso di recupero dei beni dal possessore vero, l'erede debba restituire tutto ciò, che per la vittoria del processo contro il *factus possessor* questi gli ha sborsato, può far sorgere qualche dubbio riguardo alle spese processuali, se, cioè debbano essere sostenute totalmente dal possessore vero; ma ciò esce fuori dal campo della nostra questione. In genere poi ammetterei una seconda azione, malgrado la vittoria della precedente lite, semprechè l'erede possa dimostrare un interesse di agire, come per esempio, se così soltanto abbia modo di ottenere un pieno soddisfacimento delle sue pretese.

La questione si complica se il terzo acquirente del possessore di mala fede che resti *factus possessor* è in buona fede; qui, come testè accennai, non possono più aver luogo soltanto i principi che tutelano l'interesse dell'erede vero. E così entriamo nella dottrina delle alienazioni fatte dall'erede apparente, di cui più sotto. Cf. intanto TARTUFARI, op. cit. II n. 518 seg.

casi le leggi ⁶⁾ libererebbero il vero possessore, quando il proprietario è stato soddisfatto del valore della cosa. Anzi PAOLO ⁷⁾ toglierebbe ogni dubbio quando dice: *Eius rei, quae per in rem actionem petita, tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit: dominium statim ad possessorem pertinet, transegisse enim cum eo, et decidisse videor eo pretio quod ipse constituit.* Malgrado ciò i più dei teorici ⁸⁾ come dei pratici giureconsulti ⁹⁾ affermano il contrario e per questa opinione, la quale accorda un'azione all'erede contro il vero possessore dell'eredità anche quando ha già ottenuto il valore di essa dal finto possessore, sta senza dubbio anche il rigoroso diritto. Infatti in primo luogo la condanna del finto possessore all'indeunizzo del valore e di ogni rimanente interesse vien riguardata nelle leggi soltanto come una punizione del dolo. Da questa punizione rimane quindi del tutto distinta la vera e propria pretessa reale dell'eredità. Non si può quindi per conseguenza asserire con fondamento che l'attore chieda il suo due volte poichè le sue azioni dirigonsi contro due persone diverse. Che in secondo luogo l'azione abbia ancora luogo contro il vero possessore, viene insegnato del tutto chiaramente dalle leggi. Così dice ULPIANO ¹⁰⁾: *sed si is, qui dolo desiit, ante conveniatur, eum qui possidet, non liberabit.* Del pari PAOLO ¹¹⁾: *Si is qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est, nihilominus a possessore recte petitur: sicut PEDIUS*

⁶⁾ LL. 8 e 20 D. *de interrog. in iure* [11, 1]; LL. 24, 25 e 26 D. *de nozal. action.* [9, 4].

⁷⁾ L. 46 D. *de rei vind.* [6, 1]. Ciò viene confermato appunto dalle LL. 1 e 3 D. *pro emptore* [41, 4], dove è detto: *litis aestimatio est similis emptioni.*

⁸⁾ DONELLUS in *Comment. iur. civ.* lib. XIX cap. 12 pag. 1114. — CUJACIUS, lib. XXII *Observat.* cap. 29. — NOODT, *Comment in Dig. h. t.* tom. II *Oper.* pag. 177. — HUBER in *Eunom. Rom. h. t.* pag. 272 e in *Praelect. ad. Pand. h. t.* § 8. — JOS. AVERANIUS, *Interpret. iuris* lib. I cap. 15 numeri 16 e 17. — De COCCEJI, *Ius civ. controv. h. t. qu. IV.* — STRUV, *Syntagm. iur. civ. exer. X* § 48. — WESTPHAL, *Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente* § 436. — HOFACKER, *Princ. iur. civ.* tom. II § 1673 in fine. — TURIN in *Diss. de ficto poss.* § 9. — HOMBERGK & VACH, *Diss. de oblatione ad litem* § 27. — MALBLANK, *Dig.* tom. I § 377 ed altri molti.

⁹⁾ LAUTERBACH, *Coll. th. pract. Pand. h. t.* § 9. — BERGER, *Oecon. iuris* lib. II tit. IV § 54 nota 5. — BRUNNEMANN in *Comm. ad L. 13 § 13 D. h. t.* — MEVIUS, parte III dec. 98.

¹⁰⁾ L. 13 § 14 D. h. t.

¹¹⁾ L. 7 D. *de rei vind.* [6, 1].

ait. Ancor più chiaramente PAPIANO ¹²⁾: *Dolo fecisti, quominus possideres, quod ex hereditate ad alienum pertinente adprehenderas. Si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit: quia nihil petitoris interest. Caeterum si tu ante conventus, ex praeterito dolo praestiteris: nihil ea res possessori proderit.* Ciò concorda anche con altri principi del diritto romano. Invero, fondando il possesso un'azione reale ¹³⁾, essa non può estinguersi pel fatto che un terzo a cagione del suo dolo, ha rifiuto il valore della cosa. Con ciò non vien tolto il fondamento dell'azione contro il possessore. Quindi non può trovare qui alcuna applicazione la regola *pretium in locum rei succedit*, ed egualmente non ci fanno contro le leggi citate dagli avversari. Infatti esse parlano in parte di azioni nossali, nelle quali il pretore accordava al danneggiato soltanto un'azione o contro il vero o contro il finto possessore. Ma PAOLO fa nondimeno comprendere abbastanza che ciò costituiva un'eccezione alla regola quando dice ¹⁴⁾: *Id enim Praetor introduxit, ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret. Ideoque exceptione a sequenti summovebitur.* In parte non parlano affatto del caso che il finto possessore sia per primo convenuto ¹⁵⁾, ma di quello che il convenuto il quale ha in suo potere la cosa reclamata dal proprietario si rifiuta per disobbedienza di restituirla e l'attore viene autorizzato al giuramento estimatorio ¹⁶⁾. Qui la proprietà della cosa passa al convenuto, il quale ne ha rifiuto il valore all'attore. *Transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.* Una tale *aestimatio litis* vien pure considerata come una vendita ¹⁷⁾, perchè l'attore *qui invitus ad res suas vendendas cogi nequit*, quando ne riceva l'equivalente determinato per mezzo di giuramento, naturalmente nel momento in cui lo riceve rinuncia a ciò per cui

¹²⁾ L. 95 § 9 D. *de solut. et liberat.* [46, 3].

¹³⁾ L. un. Cod. *de alienat. iud. mut. c. facta* [4, 7].

¹⁴⁾ L. 26 pr. D. *de nozalib. action.* [9, 4] confrontata con la L. 24 D. *eodem.*

¹⁵⁾ Si veda qui la L. 46 D. *de rei vindicat.* e si confronti con la L. 47 D. *eodem.* Intorno ai due passi vedi Jos. AVERANIUS, *Interpr. iuris* lib. I cap. 15 n. 6 seg. e Pet. de GREVE, *Exercit. ad Pandect. loca difficil. exerc.* VIII § 18 pag. 202.

¹⁶⁾ LL. 1 e 2 D. *de in litem iur.* [12, 3].

¹⁷⁾ L. 7 § 1 D. *de publ. in rem act.* [6, 2]; L. 22 pr. D. *de act. rer. amot.* [25, 2].

viene dato, così come il venditore alla cosa venduta quando ne riceve il prezzo¹³⁾. Il caso è del tutto differente da quello in cui il finto possessore ha rifiuto il valore come una *poena dolii*, poichè le leggi sopra citate dicono abbastanza chiaramente che con ciò il vero possessore non è liberato dalla pretesa del proprietario. Si eccettua tuttavia non senza motivi di equità il caso in cui il vero possessore potrebbe valersi del regresso contro il finto possessore, poichè questi diversamente dovrebbe pagare due volte¹⁴⁾. Per esempio il vero possessore ha comprato la cosa da colui il quale *dolose* ha cessato di possederla e ne ha sborsato il valore. Se dapprima fosse stato convenuto il vero possessore e questi avesse restituito la cosa all'attore, non ha luogo ulteriormente alcuna azione contro il finto possessore²⁰⁾. È lo stesso del resto se il convenuto già prima dell'impegno nella lite o fra questo momento e quello della condanna abbia acquistato il possesso²¹⁾, perchè nelle azioni reali si ha riguardo al *tempus rei iudicatae*²²⁾.

§ 566.

Domanda e oggetto della petizione di eredità *).

La domanda nella petizione d'eredità dirigesì:

1) in quanto questa è azione reale, a far dichiarare vero erede l'attore e condannare il convenuto a consegnare l'eredità con tutto

¹³⁾ Franz. Ludw. WIRSCHINGER, *Ueber das iuramentum in litem* § 76.

¹⁴⁾ Ant. FABER in *Rational.* ad L. 13 § 14 D. h. t. — HILLIGER, *ad DONELLUM* lib. XIX cap. 12 lett. m. — WESTPHAL, cit. *Comm.* § 436. — TURIN, cit. *Diss.* § IX in fine.

²⁰⁾ L. 95 § 9 D. *de solut.* [46, 3].

²¹⁾ L. 18 § 1 D. h. t. *Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei, neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est: an petitione hereditatis videatur tenere? et CELSUS lib. quarto Digestorum recte scribit hunc condemnandum, licet in illo nihil possedit.*

²²⁾ L. 16 pr. D. h. t. — Jos. AVERANIUS, *Interpretat. iuris tom. II lib. IV cap. 23 n. 5 pag. 122.*

* È opportuno far cenno qui di una controversia sollevata dai romanisti, sebbene non abbia alcuno scopo pratico e sia anzi di quelle che mostrano la tendenza al sover-

quanto le appartiene. Ad essa appartiene poi non solo tutto ciò che il relinquente possedeva al tempo della sua morte, sia o no una pro-

chio distinguere e sottilizzare, da cui talora non è immune la scienza tedesca. Qual'è il vero oggetto giuridico della *petitio hereditatis*? La *hereditas* in senso obiettivo (il patrimonio stesso ereditario) o in senso subiettivo (il diritto ereditario)? La questione fu risolta principalmente dallo ARNDTS, *Beitrage*, pagine 15-23, il quale anche nelle *Pand.* § 531 nota 2 sostiene che l'erede fa valere il suo subiettivo diritto ereditario, rivendica il suo *ius successionis*, a quella guisa che ad esempio, nella servitù il titolare rivendica la servitù, come un *ius incorporale*. Così si presuppone qual contenuto della petizione d'eredità una specie di diritto di proprietà sopra un'*universitas*. Cf. in questo senso anche SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeit. des R. R.* pag. 41 e non è raro trovare accolta tale idea, per me contraria alle fonti e di nessuna utilità pratica. Contro quella costruzione vedi DERNBURG, *Verhältn. der hered. petitio* § 2; FRANCKE, *Exeg.* I pagine 1-3; BRINZ, § 400 nota 5; WINDSCHEID, § 611 nota 3. Anche il FRANCKE dice la ricordata disputa « priva di risultati » e il WINDSCHEID, accogliendo la frase dell'UNGER *System des österreich. allgm. Privatr.* § 50 Anm. 2, la chiama « oziosa ». Consola vedere questa reazione contro distinzioni e costruzioni che si radicano come mala pianta nel campo ubertoso del diritto romano e non giovano che a discostarlo sempre più dalla pratica, mentre noi, nelle parti tuttora vive, dobbiamo cercare di riaccostarvelo. Invero secondo le fonti nostre la *hereditas* è oggetto di rivendicazione, di una *vindicatio universitatis* (L. 1 pr., L. 27 § 3 D. *de rei vind.* 6, 1) a quel modo che la cosa singola è oggetto di rivendicazione. Anzi il confronto è tale che GAIO IV, 17 pone anche la *hereditas* tra gli oggetti della *rei vindicatio*. Si tratta di una *universitas* risultante di cose corporali e incorporali o anche di sole incorporali (L. 7 § 5 D. *de except. rei iud.* 44, 2, L. 13 § 15, L. 16 D. *de hered. petit.*) considerate come una giuridica unità, e questa reclama l'attore. La stessa formola *si paret hereditatem de qua agitur A. A. esse* (Cf. Du Roi, *Archiv für civ. Praxis* VI pag. 303, LENEL, *Das Edict. perp.* p. 138) conferma tale veduta del tutto confacente ai pratici concetti dei Romani. Naturalmente la *hereditatis petitio* include una controversia sul diritto ereditario dell'attore, ma nello stesso modo la *rei vindicatio* si basa sul riconoscimento nell'attore della qualità e del diritto di proprietario. Il WINDSCHEID, loc. cit., osserva che la dottrina sostenuta dallo ARNDTS avrebbe un significato pratico se da essa si volesse trarre la conseguenza (non però dedotta dai seguaci di quella) che la petizione d'eredità possa esser promossa anche senza che realmente all'erede sia trattenuta l'eredità, ma per una verbale contestazione del diritto d'eredità. In questo senso egli crede che non si possa rispondere incondizionatamente in modo negativo. (Cf. anche MÜHLENBRUCH, *Continuas. del Glück* XLIII pag. 85). ([Ediz. ital. libro XXIX, tit. 2, § 1493]). E rimanda poi al § 45 nota 8, ove si parla della tutela preventiva dei diritti. Ad ogni modo se pure qui si possa parlare di un'azione d'accertamento (*Feststellungsklage*) consentita dalla procedura tedesca, non è in alcun modo una *petitio hereditatis*. Lo osserva anche DERNBURG, *Pand.* III § 172 nota 2. Lo stesso progetto di Codice civile tedesco richiede che sieno trattenute cose ereditarie all'attore perchè possa promuovere la petizione d'eredità. *Entwurf* § 2080 e chiaramente su questo paragrafo i *Motive* V pag. 578 Ma, checchessia di altri diritti procedurali, nel nostro non si può più parlare di *giudizi di iattanza* (vedi sopra pag. 287 n. a). Né si potrebbe concepire che oggi la petizione d'eredità potesse esser promossa contro chi non possiede in tutto o in parte i beni ereditari (è ancora una controversia avente per oggetto cose possedute dal convenuto: FRANCKE, *Exeg.* II pag. 246), o non è responsabile di fronte all'erede per la materiale privazione di questo del possesso della *hereditas*. Ciò è confermato anche dall'art. 926 Cod. civ. La formola romana che è conve-

pietà (per esempio, le cose a lui pignorate o prestate o presso di lui depositate o quelle per cui spettava al defunto per altri motivi un diritto di ritenzione); ma anche le accessioni, le quali dopo la morte di lui hanno aumentato l'eredità, per esempio, i frutti, quando pure l'attore stesso non li avrebbe percepiti in tal modo, i canoni, le pigioni e ogni guadagno che fu conseguito dall'eredità. Anche è oggetto dell'azione, tutto ciò che il possessore ha approntato per l'eredità, tanto se il danaro per la compera è stato preso dalla eredità, quanto nel caso contrario. I passi relativi a ciò sono:

1) L. 19 pr. D. h. t. dove PAOLO dice: *Et non tantum hereditaria corpora sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet? ut res pignori datae defuncto, vel commodatae, depositaere. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur; sicut illae, quorum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commodatae vel depositae sunt, nulla sit facile actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, acquum est, eas restitui.* Non fa alcuna meraviglia che l'erede possa promuovere la petizione d'eredità per quelle cose, a causa delle quali già spettava al relinquirente l'azione ipotecaria o la publiciana, perchè quelle azioni sono pure reali. Ma per le cose prestate al medesimo o a lui date in deposito, non vi è alcuna azione contro il terzo possessore. Nondimeno siccome anche di queste cose risponde l'erede, era equo di accordargli per esse pure la petizione d'eredità, dovendo le medesime considerarsi come una parte dell'eredità, presa quale *universitas iuris*. PAOLO continua nel § 2: *Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem; veluti si iuraverit defunctus, petitoris rem non esse, et decesserit. Debent hae quoque restitui.* Quando il relinquirente avesse giurato che la cosa non spettava all'attore, il quale l'aveva reclamata come sua proprietà, questo giuramento ha efficacia soltanto contro l'attore, in guisa che quando egli agisca, gli può essere opposta la

nuto nella petizione d'eredità colui che possiede *pro herede vel pro possessore*, se non a tutto rigore, in sostanza applicabile anche al diritto nostro, conferma la costruzione giuridica che siamo venuti difendendo, nè le eccezioni che quella subisce si prestano a concepire un caso, nel quale possa esser convenuto chi contesta soltanto verbalmente il diritto dell'erede.

exceptio iurisiurandi. Un'azione pertanto non spettava per la cosa, al giurante. Egualmente debbono essere consegnate anche tali cose, come parte dell'eredità, quando con la petizione d'eredità in genere si agisce per la restituzione della eredità.

2) L. 20 pr. D. *eodem*. Qui dice ULPIANO: *Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt; utputa mancipia (pecoraque, et si qua alia) quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata: sine dubio venient. Si vero non pecunia hereditaria? videndum erit. Et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur: pretium scilicet restituturo herede. Inoltre § 3. Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem; nam hereditatis et augmentum recipit et deminutionem. — Fructus autem omnes augent hereditatem sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint.* Anzi AFRICANO nella L. 56 D. h. t. aggiunge: *Cum hereditas petita sit, eos fructus, quod possessor percepit omnimodo restituendos, etsi petitor eos percepturus non fuerat.*

3) L. 27 § 1 D. h. t. *Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt venient, licet a lupanario perceptae sint. Nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur.* Presso i Romani era permessa la tenuta dei lupanari, quando soltanto preventivamente ciò fosse stato dichiarato agli edili e fosse pagato allo Stato annualmente il consueto tributo²³). Anche ragguardevoli persone, che qui, come lo HUBER²⁴) osserva, devono intendersi per *honesti viri*, tenevano lupanari. Se il possessore della eredità, mediante l'affitto del lupanare che ne fa parte, si procura un guadagno, doveva restituire questo pure all'erede, quando pur fosse turpe. ERMOGENIANO²⁵) dice: *ne honesta interpretatio non honesto quaestu lucrum possessori faciat.*

²³) Desid. HERALDI, *Observat. et emendat.* cap. 33 (in Ev. OTTONIS, *Thes. iur. Rom.* tom. II pag. 1352 seg.). — Del MANZANO, *Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp.* (in *Thes.* MEERMANNI tom. V pag. 311). — Jos. FINESTRES, *Hermogenian.* tom. I pag. 429 seg. — e Andr. Flor. RIVINI, *Diss. de muliere quaestuararia* (Vitemb. 1733).

²⁴) *Eunom. Rom.* ad L. 27 D. h. t. § 2 pag. 285.

²⁵) L. 52 D. h. t. Si veda su questo passo FINESTRES, l. c. § 2 pag. 429. —

4) L. 23 § 3 D. h. t. dice finalmente PAOLO ancora in generale *Post Senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est.*

L'azione estendesi pertanto a tutto ciò che appartiene all'eredità, sia corporale o incorporale, sia mobile od immobile. ULPIANO ²⁶⁾ dice: *Placuit, universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive iura, sive corpora sint.* Se anche le servitù sieno oggetto della petizione di eredità è controverso fra i giureconsulti. Giorgio Federico DEINLEIN ²⁷⁾ non esita ad affermarlo e crede che ULPIANO chiaramente confermi la sua opinione quando dice in generale che anche gli *iura*, cose incorporali, vengono comprese nella petizione d'eredità. Anzi appunto ULPIANO insegnerebbe pure che nelle servitù sia concepibile una restituzione ove dice ²⁸⁾: *Est quaesitum, si ususfructus vel usus fuerit alicui relictus, eumque occupaverit: an hoc interdicto (sc. Quod legatorum) restituere sit compellendus? movet quod neque ususfructus neque usus possidetur: sed magis tenetur. Potest tamen defendi competere interdictum. Idem dicendum est et in servitute relicta.* Ma la maggior parte dei giureconsulti ²⁹⁾ nega che le servitù possano essere oggetto della petizione d'eredità. Invero le servitù sono o personali o reali. Le prime estinguonsi senz'altro con la morte del relinquente, le seconde invece aderiscono *active* ai fondi da restituirsi all'attore, e passano *ipso iure* coi medesimi a questo in modo che per esse non si può concepire alcuna particolare restituzione. Ciò appunto conferma anche PAOLO ³⁰⁾ con chiare parole, quando dice: *Servitutes in restitutionem hereditatis non venire, ego dixi: cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in*

POTHIER, *Pandect. Justin.* tom. I h. t. n. XXXIX nota a — e HUBER in *Eunom. Rom.* ad L. 52 cit. pag. 287 seg.

²⁶⁾ L. 18 § 2 D. h. t.

²⁷⁾ *Observat. iuris miscellar. caput primum de servitutibus in hereditatis petitionem venientibus occasione.* L. 18 § ult. o L. 19 § 3 D. *de hered. petit.* (Altdorf. 1740).

²⁸⁾ L. 1 § 8 D. *quod legat.* [43, 3].

²⁹⁾ DONELLUS in *Comment. iuris civ.* lib. XIX cap. 13 pag. 1124. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 14. — HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 12. — ANT. FABER in *Rational.* ad L. 19 § 3 D. h. t. — WESTENBERG in *Digest.* h. t. § 25. Geb. Wilh. Lud. BENECKE, *Disquis. acad. de vero hereditatis petitionis obiecto servitutes excludente* (Giessae 1741) — e WESTPHAL nel cit. *Comm.* § 458.

³⁰⁾ L. 19 § 3 D. h. t.

corporibus et fructibus. Sed si non patiatur ire et agere, propria actione convenietur. Per le servitù pertanto devesi promuovere l'*actio confessoria*, quando l'erede venga impedito nel loro esercizio. Questa è senza controversia l'*actio propria* che PAOLO qui ha in mente ^{a)}. Nè a lui fa contro ULPIANO quando insegna che trattandosi di un legato di servitù, possa esser pretesa la restituzione con l'*Interdictum quod legatorum*, quando il legatario l'ha già occupata e spetta perciò all'erede la falcidia. Qui invero è serviente la cosa stessa ereditaria, il legatario deve quindi restituire all'erede l'usufrutto o l'uso della servitù per tanto tempo quanto ne occorre perchè sia soddisfatto sino all'ammontare della falcidia. Si sostiene quindi pure a buon diritto che le servitù personali, in quanto passano agli eredi ³¹⁾, possono essere oggetto della petizione d'eredità, perchè, date queste circostanze, è concepibile una loro restituzione ³²⁾. Perciò PAOLO reca esempi soltanto di servitù reali. Ora anche nelle servitù reali si può configurare il caso che il possessore della eredità a cui appartengono abbia potuto godere di frutti, che egli deve restituire. Si pensi, ad esempio, alla servitù di pascolo. Qui il convenuto deve indenizzare per il godimento arrogatosi di frutti, i quali senza dubbio entrano nella *omnis causa*, con cui la eredità ha da essere restituita. Ma ognuno vede qui da sè medesimo che in questo caso PAOLO non parla di una restituzione della servitù per sè stessa, sìvero trattasi di una semplice prestazione personale, a cui notoriamente può insieme dirigersi la petizione d'eredità. Ma in qual modo quando taluno turba l'erede nell'esercizio di una servitù reale spettante all'eredità oppone a questo la eccezione che non l'attore, ma egli, il convenuto, è il vero erede? Dovrebbe anche in tal caso secondo la dottrina di PAOLO esser fondata l'*actio confessoria*? Io lo credo pienamente, poichè qui non è tal caso in cui l'attore faccia valere in via principale il suo diritto ereditario, ma soltanto fa valere il diritto sopra un fondo

³¹⁾ L. 14 Cod. *de usufr. et habit.* [3, 33]; L. 2 D. *de usu et usufr. legatis* [33, 2].

³²⁾ DONELLUS, l. c. — VOET, l. c.

a) Nello stesso senso TARTUFARI, op. cit. pag. 454.

da lui posseduto e che appartiene alla eredità. Il diritto ereditario dell'attore posto in dubbio costituisce qui soltanto un incidente e rientra nella *legitimatio ad causam*, nè offre alcun fondamento per ritenere inammissibile l'azione confessoria e rimandare alla petizione d'eredità. Infatti la conclusione che dove debbasi provare un diritto di eredità ivi devesi promuovere la petizione di eredità vale così poco come l'altra che ogni azione nella quale devesi dar prova di un diritto di proprietà è una rivendicazione, perchè questa prova può ricorrere, come un incidente, anche nell'*actio confessoria*³³⁾.

2) In quanto la petizione di eredità vien considerata come un'*actio mixta personalis* e quindi ha per oggetto anche prestazioni personali, la domanda rivolgesi a questo: che il convenuto renda conto, restituisca il valore delle cose vendute, i capitali escussi dai debitori dell'eredità, non meno che tutti i frutti percetti e trascurati e indennizzi pei danni cagionati^{34) b)}.

33) STRUV, *Synt. iur. civ. exerc.* XIII § 44.

34) L. 25 § 18 D. h. t.

b) La determinazione del carattere della petizione d'eredità nel nostro diritto è oggetto di controversia. Difensore ardito del carattere di *actio mixta* oggi pure è il SERESIA, op. cit. numeri 95-98. È un'idea dominante in tutto il suo libro. Nello stesso senso già CARRÉ, *Traité de la compétence* parte II t. I pag. 271 (edit. B.); MERLIN, *Rép. v.° Hérité et v.° successions* I § V. Contro, HUREAU, *Des successions* III n. 70. Anche ARNTZ, *Cours de droit* II n. 1650 chiama la petizione azione reale. Fra i nostri civilisti combattè già il SERESIA su questo punto il PACIFICI-MAZZONI, *Istit.* VI num. 221 seg. e *Success.* V pag. 169. Non accettano quel carattere neppure il BORSARI, *Comm.* § 2014 e tanto meno il TARTUFARI, op. cit. II num. 470, che ravvisa la petizione d'eredità come la vindicazione di un oggetto universale modificata dal principio di surrogazione. Giustifica anzi così il silenzio serbato dal legislatore intorno alla petizione d'eredità, bastando da una parte i principi riguardanti la responsabilità del convenuto nelle azioni reali pel possesso della cosa singola od universalità rivendicata, dall'altra nelle obbligazioni o azioni personali pel contratto o quasi contratto o pel dolo, per la colpa, per la mora.

I romanisti sanno che la categoria delle azioni miste (tipi ibridi fra la semplice azione reale e la semplice personale) è tutt'altro che certa anche in diritto romano. Il GLÜCK l'ha già ammessa anche per la petizione d'eredità in questo stesso *Comm.* III pag. 604 (cf. anche REINHARDT, *Ergänz. zu Glück* I pag. 429 seg.), quindi è coerente a sè stesso in questo punto. Contro, DERNBURG, *Verhältniss.* pag. 17, e implicitamente anche FRANKKE, *Exeg.* I pagine 2-3, II pagine 311-13.

Il passo fondamentale è qui la L. 7 C. *de pet. her.* 3, 31 in cui DIOCLEZIANO chiama la petizione d'eredità una *mixta personalis actio*. Tanto basta, ravvicinando questo passo al generale insegnamento delle Istituzioni § 20 *de act.* 4, 6 (ove però si dice che

Per raggiungere lo scopo dell'azione, può esser pretesa dal conve-

talune azioni *mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam*, perchè gl'interpreti col preconetto che veramente esiste un tipo ben determinato di azioni miste, sostengano che quella L. 7 cit. è per la petizione d'eredità la miglior prova possibile del suo carattere misto. Ma come ha già notato anche il FRANCKE, *Exeg.* II pag. 313, una tale dichiarazione non trovasi presso i giureconsulti romani e niente altro contiene che quello che in modo più semplice è detto da ULPIANO nella L. 25 § 18 D. h. t.: *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales*. E qui il carattere di azione reale è chiaramente e precisamente indicato. Certo i rapporti di carattere obbligatorio che si fanno valere con la petizione d'eredità e la grande estensione delle contropretese, furono la causa per la quale già assai presto i giureconsulti romani ascrissero la petizione d'eredità alle *actiones bonae fidei*, quantunque vi appartenessero del resto soltanto azioni nascenti da contratti o quasi-contratti. L'osservarono già i glossatori. Ma con ciò non è in alcuna guisa mutato il carattere reale dell'azione. Vedi anche per la compensazione nella petizione d'eredità, FRANCKI, *Exeg.* II pagine 331-333. È del tutto infondato ritenere col SERESIA, op. cit. num. 1-6 che in origine la petizione d'eredità fosse azione puramente reale, che già LABEONE, estendendone l'oggetto al prezzo dei beni alienati dal convenuto, cooperasse a farle assumere un carattere di personalità e che infine divenisse mista per effetto del *senatus-consulto giovenziano*. Ma tutto ciò che di nuovo trovasi in questo restringesi a stabilire che la responsabilità inerente già per inconcussi principi del diritto romano al *possessor malae fidei* non è applicabile al *possessor bonae fidei* (Cf. FRANCKE, *Exeg.* I pag. 149) e in tutta la dottrina della petizione d'eredità, quale ce la presenta il diritto classico, resta vera la ricordata massima di ULPIANO (L. 25 § 18 D. h. t.).

Tornando al diritto odierno la questione dovrebbe essere semplificata dalla circostanza che mentre il Codice francese ammise le azioni miste, il nostro Codice di procedura civile (e già quello sardo del 1859) non ricorda le azioni miste. Onde coi più autorevoli interpreti si può ritenere che nel nostro diritto non esista quell'ibrido tipo di azioni miste scaturito piuttosto dai romanisti che dai Romani. Ma ammesso anche ciò, resta a sapere se la petizione di eredità nel patrio diritto si presenti sotto il duplice tipo di azione personale e reale senza che i due diversi caratteri si confondano (cf. anche RICCI IV n. 18), o se sia una vera e sola azione reale di cui le obbligazioni del convenuto non sarebbero che accessioni. Da ciò che già fu detto anche sopra pag. 741, n. u, vedesi che l'uno e l'altro sistema ha i propri seguaci. Il primo è accennato come proprio dei moderni giureconsulti anche dal GLÜCK § 564 pag. 514 (Ediz. ital. pag. 729) ed è sostenuto, ad esempio, dal BORSARI; il secondo, se io non erro, ha un valoroso difensore nel TARTUFARI. Si accetti l'uno o l'altro sistema non v'è bisogno di ricorrere al preteso carattere misto della petizione d'eredità per fare entrare nel suo oggetto anche delle prestazioni personali. Io son d'avviso che sia più conforme alle nostre tradizioni giuridiche e ai principi generali di diritto italiano considerare la petizione d'eredità oggi pure come un unico, sebbene complesso, tipo di azione reale. Cfr. in questo senso App. Bologna 31 maggio 1889 (*Temì genov.* 1889 pag. 730). La pretesa azione personale che, volendo spinger l'analisi, si potrebbe ravvisare inclusa anche nella rivendicazione (cf. ad esempio GIANTURCO, *Istit. di dir. civ.* § 124), non arriva mai ad assumere tale figura distinta che la disgiunga dalla realtà del rapporto tutelato con la petizione d'eredità. Se conviene al nostro diritto la teoria romana della *hereditatis petitio*, come generalmente si ammette, non v'è ragione per mutare oggi il tipo di quest'azione, molto più che il nostro sistema procedurale, lo ripetiamo, accorda alle azioni un più libero e meno formalistico movimento. Il concorso di obbligazioni derivanti da contratto o da fatto illecito, come la considerazione della misura dell'arricchimento o del principio di surrogazione non giungono mai

nuto anche la consegna dell'inventario o di una specificazione giurata ³⁵⁾.

§ 567.

Distinzione fra un bonae e un malae fidei possessor nella petizione di eredità. In che misura il b. f. possessor mediante l'esercizio dell'azione contro di lui rien mutato in possessore di mala fede?

Nella restituzione della eredità è molto importante la distinzione se il convenuto sia *bonae* o *malae fidei possessor*. Per *bona fides* intendesi in genere la opinione della legittimità dei nostri atti. Invece una opinione opposta, ossia la coscienza di far qualche cosa senza diritto, è detta *mala fides*; questa, per la sua natura, racchiude in sè un dolo ³⁶⁾, mentre in quanto alcuno è in *bona fides*, non gli può esser rimproverato alcun dolo ³⁷⁾. Tale *bona* o *mala fides* si può quindi ravvisare in tutti gli atti umani in quanto li consideriamo in rapporto alle leggi e alla nostra convinzione della legittimità. Così dice.

³⁵⁾ STRYCK, *Us. mod. Pandect. h. t.* § 5 e CAR FRIED. WALCH, *Diss de inrata specificatione loco inventarii exhibita* (Jenae 1790).

³⁶⁾ L. 25 § 7 D. h. t.

³⁷⁾ L. 25 § 6 D. h. t.

a snaturare il tipo originario di azione reale della petizione d'eredità. Cf. molto bene TARTU-FARI, op. cit. II numeri 468-70. Per quanto poi sieno gravi e svariate le conseguenze di un'azione che si complicano per la combinazione di principi diversi, niente ci autorizza a dedurne i caratteri da un criterio diverso da quello dell'indole reale o personale del diritto tutelato. Ogni caso di petizione d'eredità ci si presenta come una difesa del diritto ereditario dell'attore e in base a questo egli reclama i beni o il loro surrogato. Del resto la questione ha in pratica una importanza meno grande, poichè le due azioni personale e reale, almeno nel concetto dei più, si dovrebbero intendere cumulate processualmente e la competenza si deciderà in base al carattere derivante dalla contestazione del diritto di eredità che è inerente alla *heredit. petitio* o in base ai principi relativi al *forum rei sitae*. In diritto francese si può applicare ciò alle azioni miste (CARRÉ, *De la compét.* lib. II art. 239. Cf. tuttavia DALLOZ, *Répert. v.º compétence civ.* num. 7). Quindi la petizione d'eredità secondo l'art. 94 n. 1 Cod. proc. civ. si promuoverà nel luogo dell'aperta successione, (App. Genova 31 luglio 1869 BETTINI, XX 2 pag. 775) o se l'erede reclama un fondo ereditario, al *forum rei sitae* (Cf. RICCI, op. cit. IV n. 18). Per le diverse opinioni dei civilisti francesi vedi CARRÉ, loc. cit. HUREAU, *De success.* n. 83; SERESIA, op. cit. num. 114. Cfr. pel di più la mia nota a pag. 108.

per esempio, PAOLO³⁸⁾, *si bona fide exactum fuerit iuramentum*. Se applicansi tali concetti al possesso, vien detto *possessor bonae fidei* quello che ritiene legittimo il suo possesso³⁹⁾, *malae fidei* invece quello il quale sa di non avere alcun diritto di possedere la cosa che tuttavia si arroga come propria⁴⁰⁾. Chi dunque per motivi legittimi crede che realmente gli spetti la eredità che possiede, come propria, e non sa che ad altri spetta un diritto poziore, chiamasi qui nella petizione di eredità un *bonae fidei possessor*⁴¹⁾ c). Non si ha alcun riguardo se

³⁸⁾ L. 30 § 3 D. *de iureiur.* [12, 2]; L. 7 § 8 D. *de minorib.* [4, 4].

³⁹⁾ L. 109 D. *de verb. signif.* [50, 16]. *Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.* Aggiungi L. 137 D. *de reg. iur.* [50, 17].

⁴⁰⁾ L. 20 § 6 D. h. t. dice: *Qui iustas causas habuissent quare bona ad se pertinere existimassent.*

⁴¹⁾ L. 38 D. *de usurpat. et usucap.* [41, 3]. Vedi Casp. SCHIFORDEGHER, ad Ant. FABRUM, lib. II tract. XXVIII qu. 7 e 8 lib. III tract. XXII qu. 7-10. — Hieron. de OROZ, *De apicib. iuris civ.* lib. IV cap. 6. — Christoph. Crist. HASSE, *Diss. de litis contestatione an et qualenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituitur* (Goett. 1780) § 2.

c) Cf. sull'argomento specialmente SERESIA, op. cit. num. 143 seg. Qui cominceremo dall'osservare (così in sostanza anche TARTUFARI, op. cit. II num. 395) che, qualunque sia il significato più speciale che vogliasi dare alla parola *praedo*, tutti i possessori *pro possessore* sono essenzialmente di mala fede. Né si può dire che taluno possa atteggiarsi ad erede apparente *pro possessore* ricusando, benchè lo avesse, di allegare il titolo finchè l'attore non avesse provato il suo diritto, perchè noi saremmo senz'altro autorizzati a trattarlo come un *possessor pro possessore*. Per lo meno ciò è conforme ai criteri accolti dalla nostra giurisprudenza (vedi sopra pag. 710 n. b). Colui invece che possiede *pro herede* può essere di buona o mala fede. Anche il GLÜCK lo insegna sopra al § 565 pag. 522. (Ediz. ital. libro V, pag. 737).

Pertanto osserva il FRANCKE, *Exeg.* I pag. 138 che non è molto esatta la frase di ULPIANO quando nella L. 11 pr. D. h. t. dice: *pro herede possidet qui putat se heredem esse*. Sembra che in tempi più antichi si disputasse se realmente un *possessor malae fidei* possa rientrare nel concetto di *possessor pro herede*. ULPIANO si appoggia alla autorità di ARRIANO per asserire che è tale anche *is qui scit se heredem non esse*. Onde è vero che la formola più precisa sarebbe stata *pro herede possidet, qui se dicit heredem*. Ma noi non vogliamo occuparci della imprecisione di ULPIANO su cui fu scritto anche troppo. Si potrebbe pure osservare col BRINZ, *Pand.* § 400 nota 49 che qui ULPIANO, piuttosto che definire, voleva esemplificare. Anche PROCULO, del resto, aveva accettato questo largo concetto del *possessor pro herede* (cit. L. 11 pr. in fine). GAIO, IV, 144, usa la espressione *qui putat*, etc. È questa una più recente frase rimpetto all'altra *qui scit*? Lo crede il DERNBURG, III § 172 nota II. Diversamente FITTING, *Archiv. f. civ. Praxis* LII pag. 242. Tanto il FRANCKE, loc. cit. come il DERNBURG loc. cit., vedono qui una controversia di scuola, una scolastica determinazione di con-

ciò abbia per fondamento un *error iuris* o *facti*. Anche l'*error iuris*

cetti (*eine ältere Schulcontroverse, eine schulmäßige Begriffsbestimmung*). Ma a me sembra che si riscontri anche qui piuttosto quella difficoltà teorica e pratica che sopra accennava già, nella vera determinazione delle frasi *possessor pro herede*, *possessor pro possessore* e la difficoltà dei Romani di salire a *definitiones* o regole generali. Ammesso pertanto che è *possessor pro herede* chi afferma di essere erede, può anche darsi che un *praedo* sia convenuto in tale qualità. FRANCKE, *Exeg.* I pag. 140, LEIST. *Continuas. del Glück*. Serie dei libri 37 e 38, I pag. 235 seg. (Ediz. ital. libro XXXVII, tit. I, § 1598 c. num. 55) Ma ciò non ha grande importanza derivando appunto le più grandi diversità dal criterio della buona fede.

In tema di petizione d'eredità sarà applicabile l'art. 701 del Cod. civ. il quale definisce la buona fede sotto la rubrica del possesso? Dicesi ivi possesso di buona fede quello di chi possiede come proprietario o avente un diritto reale in forza di un giusto titolo abile a trasferire il dominio o a costituire il diritto reale e di cui ignorava i vizi. Il TARTUFARI, op. cit. II num. 395, lo asserisce senza esitazione. Invece di fronte al corrispondente art. 550 del Codice napoleonico il SERRESIA, op. cit. n. 143 è di contrario avviso per le ragioni seguenti. L'art. 550 non riguarda che il caso di colui che, possessore di una cosa singola è convenuto con la rivendicazione. Se si applicasse all'eredità dovrebbe esser considerato come possessore di buona fede soltanto quello che possiede in forza di un testamento valido per la forma, ma colpito da un vizio che egli ignora. Colui che avesse acquistato il possesso o in virtù di un testamento nullo per la forma o perchè si credeva erede *ab intestato* non potrebbe essere ritenuto che possessore di mala fede. Poco importerebbe che l'erede apparente avesse ignorato i vizi del testamento o che, essendo in caso di successione legittima, non avesse affatto dubitato che esistessero parenti più prossimi in grado di escluderlo. Osserva poi che la giurisprudenza ammette il titolo putativo e che l'art. 550 non contempla che il caso più frequente (Cf. anche DEMOLOMBE, IX num. 602). Onde in materia di petizione d'eredità si dovrà dire che il possessore è di buona fede quando per un errore di diritto o di fatto abbia creduto di essere erede e ignorato il pericolo della evizione (Così anche AUBRY e RAU, § 616 nota 22). Tale regola dell'antico diritto non sarebbe stata derogata dal Codice civile francese; di ciò avrebbersi una conferma nella larga interpretazione che la giurisprudenza fa dell'art. 550. E si potrebbero invocare anche, le disposizioni di esso Codice (articoli 1377-1381), intorno alla ripetizione d'indebito, per le quali è trattato come possessore di buona fede chi ha ricevuto il pagamento per errore e tuttavia il suo possesso non ha per base che un titolo putativo.

Anche fra noi il BORSARI, *Comm. cit.* § 2013 lettera B, ritenne che la definizione dell'art. 701 Cod. civ. sia d'indole particolare e relativa agli articoli immediatamente seguenti e che per altri casi si dovesse dare alla buona fede un significato di valore diverso secondo le circostanze. Così la buona fede disgiunta dalla precisa base del titolo quale è definito dalla legge, vien rilasciata al dominio, senza limiti fissi, della convinzione subiettiva. Ed io che pur non vedo tutto il diritto nella legge, accedo, senza scrupoli, a coloro che qui vogliono il trionfo della formola della legge ed esigono una buona fede obbiettiva e giuridica, come è determinata dalla legge. Cf. PACIFICI-MAZZONI, *Delle succ.* V, 121, LAURENT, IX, 5 21; TARTUFARI, op. cit. II num. 396-397. Si osservi in primo luogo che il nostro Codice civile ha riunito in un'unica sede gli articoli sul possesso ed ha avuto lo scopo di esporre una dottrina generale di questo. Se pertanto dobbiamo parlare di una efficacia del possesso sulla dottrina della eredità che determina anche le conseguenze della petizione d'eredità (cf. questo concetto generale anche in CHIRONI, *Ist. di dir. civ.* II §§ 441, 448), non possiamo pensare che a quel possesso che il nostro Codice ammette e regola, salvo, ben inteso, quelle norme d'interpretazione che qui, come ovunque, sono

non nuoce in quanto semplicemente, come qui, si tratta della resti-

applicabili. In secondo luogo non mi smuove la osservazione implicita nella dottrina difesa dal SERESIA che noi sosteniamo una regola contraria alla ragione e all'equità (cf. specialmente la sua frase a pag. 204) perchè con ciò siamo coerenti a quei principi generali del nostro diritto di cui dobbiamo professarci seguaci come interpreti di un giure positivo, checchè possa pensarsi della sua ideale perfezione. Abbiamo ammesso anche noi che vi siano principi giuridici romani, non esplicitamente accolti dal Codice e tuttavia facenti parte dei principi generali del nostro diritto, ma non ammettiamo che da una parte si possano rintracciare con la incerta guida di un'equità individuale, dall'altra non possiamo accoglierli se in opposizione a espresse norme di diritto positivo. Si potrebbe pure, volendo, dimostrare che il titolo putativo riguardo alla buona fede ha anche in diritto romano un carattere eccezionale, che non bisogna confondere in alcun modo la qualità di *possessor qui putat se heredem esse* con quella di *bonae fidei possessor*. Ma sembra inutile tale ricerca dal momento che se anche non vogliasi considerare l'art. 701 Cod. civ. come una generale definizione della buona fede, avrà almeno un valore d'analogia. Al quale proposito, per chi accetta questa seconda ipotesi, mi torna opportuna la giusta osservazione dei colleghi FADDA e BENZA nota *t* al lib. I della loro traduzione delle *Pandette* del WINDSCHEID, I pag. 135: « non conviene credere, che analogia vi sia solo là dove vi è perfetta eguaglianza in ordine al fatto: ciò escluderebbe il beneficio dell'art. 3 (*Disp. prelim.*). Già sotto il Codice Alb. la Cassazione di Torino notava (20 giugno 1859 BERTINI, XI, 1, 136) che l'argomento d'analogia può essere accolto, sebbene fra i due casi non si verifichi una perfetta eguaglianza ». Che l'art. 701 (art. 550 Cod. civ. franc.), contempra soltanto il caso più frequente o ordinario di buona fede è un'asserzione del SERESIA e di altri tanto gratuita quanto quella sopra ricordata del BORSARI. Quanto all'analogia coi principi sulla ripetizione d'indebito non regge, poichè non è lecito parlare qui assolutamente di titolo putativo. Infine l'ordine giuridico non può aspirare ad un'assoluta perfezione la quale escluda totalmente la possibilità di ogni sacrificio individuale: se in qualche caso sarà duro disconoscere la buona fede giuridica in chi non ha titolo o ha un semplice titolo putativo, nella massima parte dei casi, senza il rigore della legge, si aprirebbe qui l'adito all'astuzia umana, si porrebbe lo stesso possessore nella più grave difficoltà di colorire, per dirla coi pratici, la propria buona fede, si moltiplicherebbero le liti e gli indugi. La dimostrazione del titolo valido è più conforme della semplice buona fede subiettiva al sistema della prova legale e induce gl'individui ad esser più accorti e prudenti se vogliono ottenere la protezione della legge, la quale non può esser considerata per tutti come una vera tutrice di minorenni o d'incapaci. Se si pensa quanti sacrifici costa l'art. 1151 sulla colpa estracontrattuale a persone che in tutta buona fede hanno recato danno ad altri (e niuno tuttavia lo crede discordante dall'ordine giuridico) sembrerà lieve questo rigore dell'art. 701 che per un fatto tanto importante quale la successione ereditaria richiede, come criterio per accordare certi vantaggi al possessore (a questo in sostanza riducesi la buona fede giuridica) l'esistenza di un titolo valido di cui quello ignora i vizi. Ho citato, come semplice termine di confronto, l'art. 1151 tanto più naturalmente quanto più talora si è voluto collegare con la dottrina della petizione d'eredità. Tale è la via battuta da ZACHARIAE di fronte al corrispondente art. 1382 del Codice francese. È vero che egli se ne serve per determinare le obbligazioni dell'erede apparente di mala fede principalmente pel caso che abbia alienato beni ereditari. Al che risponde SERESIA, op. cit. num. 37, che l'analogia non corre perchè, applicando il criterio della responsabilità pei fatti illeciti, che non esclude neppure la *culpa levissima*, non si potrebbe far distinzione tra possessore di buona e di mala fede, potendosi anche al primo rimproverare un errore, forse un'imprudenza. D'accordo che qui dobbiamo procedere con la dottrina

tuzione della cosa e della rimozione di un danno ⁴²⁾. Solo allora non giova ad alcuno l'*error iuris*, ma vien considerato equivalente ad un *mala fides*, quando trattasi del guadagno che uno vuol fare o dell'acquisto di un diritto, come, per esempio, è il caso nella usucapione ⁴³⁾. Coerentemente a ciò dice ULPIANO ⁴⁴⁾: *Scire ad se non*

⁴²⁾ L. 8 D. *de iuris et facti ignor.* [22, 6]. — De COCCEJI, *Ius civ. contror. h. t.* qq. 11 e su questo EMMINGHAUS note *v o z.*

⁴³⁾ L. 7 D. *de iur. et facti ignor.* — Jo. Frid. Wilh. SCHLEGEL, *Diss. de discrimine inter possessionem bonae et malae fidei, eiusque effectu civili sec. iuris Rom. principia* (Havniae 1790, 8) sect. I § 5 e B. BRANCHU, *Observ. ad ius Rom. decad.* I in Addend. pag. 227 seg.

⁴⁴⁾ L. 25 § 6 D. h. t.

del possesso non con quella della colpa estracontrattuale. Ma non è men vero che il mio confronto è, sembrami, esatto e che tanto più dobbiamo cercare un titolo valido per trovare in un possessore tale causa legittima (buona fede giuridica) da sottrarlo alla generale responsabilità nascente dall'art. 1151. Per la necessità di un titolo valido affine di essere erede apparente di buona fede agli effetti dell'art. 933 Cod. civ. cfr. App. Firenze 30 giugno 1888 (*Ann. giur.* 1888, 2 pag. 244), e nello stesso senso la *Sinossi giuridica* fasc. 18 art. 933 (2). Che cosa è a dire d'un testamento falso? Malgrado dubbi [cfr. *Sinossi giuridica* fasc. 1 art. 933 (2)], mi sembra preferibile l'opinione che non ne fa uno assoluto criterio per escludere i vantaggi della buona fede giuridica. In questo senso App. Ancona 25 agosto 1879 [*Legge* I (1879) pag. 706].

In caso che trattisi di erede apparente legittimo il quale non sia affatto nell'ordine dei successibili non saprei ravvisare in lui possibilità di buona fede giuridica. Nel caso che sia veramente tra i chiamati a succedere aderisco all'opinione del TARTUFARI, op. cit. II num. 397 che specialmente un errore di fatto (ignoranza di più prossimi congiunti) non abbia di regola tale efficacia da escludere la buona fede. Ma in questo caso e molto più se si tratti di errore di diritto (ignoranza delle leggi successorie) è da raccomandare al giudice grande prudenza e severità. Che anche un errore di diritto possa costituire buona fede nello erede apparente è deciso dalla Cass. di Torino 9 agosto 1888 (*Giuris. Torin.* 1888 pag. 634). Qui è criterio importante la considerazione della persona della quale si tratta. Si comincia a far viva la opposizione ad un sistema legislativo che considera tutti gli individui egualmente conoscitori del diritto e si accenna già una tendenza a distinguere persone più o meno in grado (poni gli operai, i salariati, ecc.) di esser fornite di quella conoscenza. Vedi SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice civile*, etc. (Palermo, 1891) pag. 13. Non è una novità in massima, poichè già il diritto romano tanto bersagliato ammetteva vi fossero persone degne di maggior riguardo anche di fronte all'errore di diritto (Cf. SERAFINI, *Istit.* I § 24). Nè voglio discuter qui fino a che punto potrà estendersi nel sistema del nostro diritto, e modificarlo. Solo dire che le questioni successorie, di regola almeno, si agitano fra quelle classi direttrici nel seno di quella borghesia, così largamente protetta dalla legge, dalla quale si può pretendere una sufficiente conoscenza di questa. Ad ogni modo essa ha il mezzo di ricorrere a consultori legali, che mancano ai poveri. Il giudizio sulla buona fede richiesto dall'art. 933 è di fatto ed incensurabile. Cass. Napoli 8 maggio 1889 (*Giur. Nap.* 1890 pag. 72). Il che deve confermare il giudice della necessità di un equo, completo, prudente criterio nel decidere della buona fede. Per questa nota cfr. anche CHIRONI, *Questioni dir. civ.* (Torino 1890) pag. 352.

pertinere, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit; putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat; vel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri? Et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in iure erret.

Il *possessor malae fidei* o ha un titolo giuridico per sè (per esempio, ha scientemente comprato un'eredità da un non erede) o no. Nel secondo caso è detto *praedo*. ULPIANO ⁴⁵⁾ conferma questa distinzione quando dice: *Quod autem ait Senatus: eos qui bona invasissent, loquitur de praedonibus, id est, de his, qui, cum scirent, ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona; scilicet, cum nullam causam haberent, possidendi.* E in altro luogo ⁴⁶⁾ lo stesso giurista dice: *Pro possessore possidet praedo qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec ullam causam possessionis possit dicere, et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.* Al contrario insegna appunto ULPIANO ⁴⁷⁾: *Nemo praedo est, qui pretium numeravit.* Nondimeno non di rado la parola *praedo* vien adoperata per ogni possessore di mala fede e contrapposta a quello di buona fede ⁴⁸⁾.

Un *malae fidei possessor* può esser tale sin da principio o diventare tale in seguito mediante un processo. A ciò riferisconsi i seguenti passi delle Pandette.

1) L. 20, § 11 D. h. t. dove ULPIANO dice: *Ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor, id est, cum primum aut denuntiatum esset. Quid ergo, si scit quidem, nemo autem ei denunciavit? an incipiat usuras debere pecuniae redactae? Et puto debere: coepit enim malae fidei possessor esse.*

2) L. 25, § 7 D. eodem. *Si ante litem contestatam, inquit (sc. Senatusconsultum), fecerint. Hoc ideo adiectum, continua ULPIANO per spiegare, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse: quinimo post controversiam motam. Quamquam enim*

⁴⁵⁾ L. 25 § 3 D. h. t.

⁴⁶⁾ L. 11 § 1; LL. 12 e 13 pr. D. h. t.

⁴⁷⁾ L. 13 § 8 D. h. t.; L. 126 D. *de reg. iur.* a cui non è contraria la L. 5 *de adquir. vel amit. poss.* [41, 2]. Vedasi VALCH ad ECKARDI, *Hermeneut. iuris* Lib. I § 206 pag. 381 seg.

⁴⁸⁾ L. 31 § 3; LL. 38 e 39 § 1; L. 40 pr.; L. 46 D. h. t. § 2 I. *de officio iudicis* [4, 17].

litis contestatae mentio fiat in Senatusconsulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur. Et hoc iure hodie utimur: coepit enim soire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. Qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur.

3) L. 31, § 3 D. h. t. *Bonae fidei possessor, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est.*

4) L. 40 D. eodem. Qui dicit PAOLO: *Illud quoque, quod in oratione Divi HADRIANI est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est; quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta, aut pecora deperierint? damnari debet secundum verba orationis: quia potuit petitor, restituta hereditata, distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus PROCULO placet, CASSIUS contra sentit. In praedonis persona PROCULUS recte existimat; in bonae fidei possessoribus CASSIUS. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.*

A ragione chiunque rifletta deve qui domandare come ciò debbasi spiegare quando nei passi citati vien detto che mediante lo inizio del processo il possessore per lo innanzi di buona fede vien cambiato in un possessore di mala fede. Come mai la semplice presentazione di un'azione e la difesa giuridica del convenuto debbono ingenerare in questo la coscienza che spetta un diritto all'attore sull'eredità controversa, dal momento che non è raro il caso che soltanto per mezzo del processo probatorio questi può dimostrare il proprio diritto? Se la *mala fides* subentrasse solo al momento della reale contestazione della lite, si potrebbe in ogni caso trovarne un motivo nell'accordo delle parti che la cosa, oggetto di controversia, debba esser lasciata in quella condizione, in cui trovavasi a quel momento ⁴⁹⁾. Ma ULPIANO retrotrae invece il cominciamento della *mala fides* del convenuto già a quel tempo, in cui egli ebbe la prima notizia dell'a-

⁴⁹⁾ L. 2 D. *de usur. et fruct.* [22, 1]. Vedi questo *Commentario* pag. 56 (testo ted. parte VI § 503 pag. 199 seg.).

zione promossa contro di lui e adduce il motivo ⁵⁰⁾: *coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur*. Questo sembra essere irrazionale. *Cornelius van BYNKERSOEK* ⁵¹⁾ crede perciò che la regola di *ULPIANO* debba essere spiegata con l'ordinamento del processo romano, secondo il quale l'attore già prima della contestazione della lite e sino dal momento della edizione dell'azione doveva comunicare al convenuto quei documenti e quelle prove, di cui egli in seguito voleva giovarsi dinanzi al giudice pedaneo, per porre costì il convenuto in condizione di consigliarsi con sè stesso se voleva litigare coll'attore o piuttosto ammetterne le pretese ⁵²⁾. *Si me audias*, dice quindi questo famoso olandese, *sola editio instrumentorum, ante litem contestatam, in causa fuit, cur vulgo apud Romanos post litem contestatam bonae fidei possessor conditionem mutaverit*. Se pertanto l'attore in un dato caso non univa le prove già alla sua azione, o queste non erano tali da persuadere tosto pienamente il convenuto della legittimità della pretesa dell'attore e si potevano ancora sollevare eccezioni non prive di importanza, la *bona fides* del possessore durerebbe ancora durante il processo, poichè la sua difesa sarebbe giustificata. *Non enim videtur moram facere, qui sine dolo malo ad iudicium provocat* ⁵³⁾. Con ciò potrebbesi anche spiegare perchè *PAOLO* ⁵⁴⁾ dice che il *bonae fidei possessor* non deve rispondere del caso fortuito, quando pur durante il processo fossero perite senza sua colpa cose dell'eredità, e cioè, per la massima sommamente equa: *nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere*. Appunto con ciò spiegherebbesi quello che lo stesso *PAOLO* dice in un altro luogo ⁵⁵⁾ che per giudicare se e in quanto un *bonae fidei possessor* siasi arricchito a causa della eredità debbasi guardare al *tempus rei iudicatae*. Non vi sarebbe quindi alcun motivo per ritrovare con *Ugo DONELLO* in quest'ultimo

⁵⁰⁾ L. 25 § 7 D. h. t.

⁵¹⁾ *Observ. iur. Rom.* tom. II lib. VIII cap. 12 pag. 320 (ed. dello HEINECC. Francof. et Lips. 1739, 4).

⁵²⁾ L. 1 § 3 D. *de edendo* [2, 13]. Vedi la parte IV di questo *Commentario* § 286 pag. 34 (Ediz. ital. libro II, pag. 512).

⁵³⁾ L. 63 D. *de reg. iuris*.

⁵⁴⁾ L. 40 D. h. t.

⁵⁵⁾ L. 36 § 4 D. h. t.

passo un'errata lezione o fare forzatamente la concessione PAULO *vel* TRIBONIANO *in relatione huius sententiae somnum obrepsisse*. Il risultato di questa opinione del BYNKERSOEK è da ultimo riassunto nelle parole: « *Ex his intelligimus, dice esso, regulam iuris Romani, omnes possessores post litem contestatam fieri praedones, esse scriptum de eo quod accidit ἐπι τὸ πλείστον, ut solent leges scribi L. 3, L. 4, L. 5 et L. 6 D. de LL. Plerumque verum est, edita actione, editisque instrumentis reum scire posse, se rem alienam possidere. Si non possit, et bona fide litem contestatur, bonae fidei possessor manet ad usque rem iudicatam, ut est in L. 40 pr. et L. 36, § 4 D. de heredit. petit. Unde Ulpianus in d. L. 25, § 7 D. eodem non dixit, cum qui interpellatur debuisse scire, sed coepisse scire, rem ad se non pertinere. Quare, si non coeperit scire, contra dicendum est. Bona fides sic manet, donec iudex reum constituat in fide mala et in mora, tenetur enim obtemperare sententiae, sive aequae sive iniquae, nam Praetor ius reddere dicitur, etiam cum inique decernit ».*

Anche LEYSEE⁵⁶⁾, BROKES⁵⁷⁾ ed HELLFELD negano che mediante l'iniziamento della controversia il convenuto venga mutato in un possessore di mala fede e vogliono accogliere la regola di ULPIANO soltanto con la restrizione, che il convenuto per le prove fornite dall'attore abbia acquistato la persuasione che non gli spetta la cosa da lui posseduta.

Pertanto la regola *post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse: quinimo post controversiam motam* non si potrà difendere con argomenti razionali? O dovrà, come afferma LEYSEE, contraddire realmente alla ragione e alla equità che, in seguito a quella regola, senza il presupposto di prove giuridiche fornite dall'attore, il convenuto già sino dal momento in cui riceve la prima notizia dell'azione promossa contro di lui, sia equiparato ad un *possessor malae fidei*? Non si deve negare che quando si volesse accogliere e sostenere quella regola nel suo significato letterale che dal momento in cui sorge il processo non abbia più luogo alcuna distinzione fra un possessore

⁵⁶⁾ *Medit. ad Pand. specim. LXXXIII medit. 5; specim. XCIX medit. 6.*

⁵⁷⁾ *Diss. de litis contestatione malam fidem non inferente (Vitemb. 1736) e in Observ. select. obs. 9*

di buona fede ed uno *malae fidei*, ne deriverebbe la massima iniquità. Ma che tale non sia in alcun modo il concetto delle leggi appare del tutto chiaramente dai passi citati sopra, L. 40, pr. D. h. t., dove PAOLO esime il convenuto dall'obbligo di rispondere pel caso fortuito. A dir vero, dalla trattazione di questo giureconsulto appare che alcuni giureconsulti romani realmente intendono in un significato letterale il principio che la contestazione della lite cambia in possessore di mala fede quello di buona fede e volevano obbligare il convenuto alla prestazione di tutto ciò che l'attore avrebbe avuto se gli fosse stata restituita l'eredità tosto che questi ne fece oggetto di pretesa. Ma PAOLO trovava ciò molto duro almeno nella ipotesi che delle cose fossero perite per caso fortuito durante il processo e dovesse il possessore di buona fede risponderne al pari di quello di mala fede. Da tali conseguenze eccessivamente dure niuno doveva essere spaventato di fare la difesa del proprio diritto e perdere così i vantaggi del possesso. Questo è dunque fuori dubbio che riguardo alla prestazione del caso fortuito il *possessor bonae fidei* convenuto resta immutabilmente tale anche dopo aver risposto all'azione, se la cosa perisce presso di lui senza sua colpa. Per questa non risponde neppure durante il processo, se anche a ciò avesse dato occasione il proseguimento di esso e il danno non si fosse verificato presso l'erede medesimo⁵⁸⁾. Si deve pertanto in tutto aver riguardo a precisare meglio in che misura estendonsi gli effetti della *mala fides*, che, secondo il disposto delle leggi, derivano dall'azione promossa contro il possessore; allora non mancheranno argomenti razionali per giustificare pienamente il disposto di quelle leggi romane, senza aver bisogno con BYNKERSOEK di cercarne faticosamente il motivo nell'ordinamento processuale romano. Si consideri quindi anzitutto la massima che soltanto riguardo al dolo e alla colpa il possessore di buona fede viene equiparato a quello di mala fede dal momento in cui ricevette legale notizia dell'azione promossa contro di lui, in guisa che egli

1) non deve rispondere soltanto per ogni danno positivo che abbia cagionato con dolo o per colpa, sia pure lievissima⁵⁹⁾; ma

⁵⁸⁾ L. 16 pr. § 1 D. *de rei vind.* [6, 1]; L. 40 pr. D. h. t.

⁵⁹⁾ L. 31 § 3 D. h. t.; L. 45 D. *de rei vindicat.*; L. 4 § 2 D. *fin. regundor.* [10, 1].

2) deve rifondere all'attore ogni guadagno perduto e quindi anche i *fructus percipiendi* in quanto il convenuto avrebbe potuto fruirne con la sua possibile diligenza ⁶⁰).

S'intende che questi effetti della *mala fides* vengono in campo solo allora che il convenuto soccombe nella lite e l'esito del processo ha insegnato che il diritto non era dalla parte di lui. Appena taluno trovasi di fronte ad una pretesa riguardo ad una cosa, è affatto naturale che da questo momento non conservi più quella completa persuasione della legittimità del suo possesso, la quale aveva per lo innanzi ⁶¹). Può infatti pensare possibile il caso che l'attore abbia un diritto sulla cosa e che esso, sebbene non abbia ancora provato la sua pretesa, dimostrerà forse in seguito il proprio diritto. Deve quindi considerare la cosa, come condizionatamente altrui, perchè l'esito di ogni processo è incerto, riguardare sè stesso come un possessore che forse deve restituire all'attore la cosa che finora in buona fede ritenne per sua. Chi troverà quindi ora contrario all'equità se egli da questo momento in poi deve pure usare riguardo ad essa un maggior grado di diligenza, che quando poteva, ancora non attaccato, disporre della cosa, come di sua supposta illimitata proprietà? Chi non riterrà invece del tutto ragionevole che il possessore d'ora in poi diriga la propria azienda in modo che non gravi su di lui alcuna responsabilità di colpa, se sia condannato alla restituzione dell'eredità? Con ottimo fondamento potevano perciò le leggi obbligarlo, al pari di qualsiasi possessore di mala fede, ad ogni indennizzo di cui sia responsabile per dolo o colpa, quando, cioè, subentra quella condizione e il convenuto soccombe ⁶²).

⁶⁰) L. § 1 Cod. h. t.; L. 22 Cod. *de rei vind.* [3, 32] § 2 L. *de officio iudicis* [4, 17].

⁶¹) Molto opportunamente dice l'imp. COSTANTINO nella L. 10 Cod. *de adquir. vel retin. poss.* [7, 32]: *Nemo ambigit, possessionem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmatur: interpellatione vero et controversia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, et causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet e dubitet.*

⁶²) Vedi Barthol. CHESII, *Interpretat. iuris* (Liburni 1657 f.) lib. II cap. 23 n. 30 pag. 119. — Christoph. Christ. HASSE, *Diss. cit.* § 14 seg. — HÖPFNER in *Comm. über die Heineccisc. Institut.* § 987 nota 2. — HOFACKER, *Princ. iur.*

Ancora si deve osservare che un *bonae fidei possessor* talora può diventare un *malae fidei possessor* già prima dello iniziamento del processo, quando egli venga convinto delle legittime pretese dell'attore sull'eredità che prima ignorava, durante il suo possesso, ma avanti che il processo sia incominciato e non ostante ha trattenuto l'eredità. Questi vien del tutto giudicato secondo i principi relativi al *malae fidei possessor*. Di questo caso parla ULPIANO⁶³⁾ quando dice: *De eo autem loquitur Senatus, qui ab initio mente praedonis res hereditarias apprehendit. Quodsi ab initio quidem iustam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius, ad se nihil hereditatem pertinere praedonio more versuri coepit, nihil Senatus loqui videtur. Puto tamen et ad eum mentem Senatusconsulti pertinere. Parvi enim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit versatus, an postea hoc facere coepit.*

Da tutto questo apparisce che in duplice modo il possessore può essere costituito in *mala fides* ^{d)}:

civ. tom. II § 1676 e specialmente GÖNNER nello *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* vol. 2 n. XXXV pag. 213 seg.

⁶³⁾ L. 25 § 5 D. h. t.

d) Cf. specialmente, anche riguardo alla cosiddetta *facta malae fidei possessio* e alla storia dei dogmi, FRANCKE, *Exeg.* II pag. 228, 236-240, 276, 289. Si ricordi soprattutto che il SC. giovenziano intese a porre il *possessor bonae fidei* in una condizione diversa dal *possessor malae fidei*. I vantaggi ammessi dal SC. pel caso che il possessore di buona fede abbia alienato, consumato o deteriorato cose ereditarie prima dello iniziamento del processo cessano dopo che fu promossa l'azione. Solo entro questi limiti si può parlare di equiparazione del *bonae fidei possessor* al *malae fidei possessor*. Pel diritto odierno vedi SERESIA, op. cit. num. 125 seg. 149. TARTUFARI, II num. 398 seg. Anche la determinazione dei casi nei quali cessa giuridicamente secondo il nostro diritto la buona fede dell'erede apparente è ricerca irta di molte difficoltà perchè, in difetto di un titolo del Codice sulla petizione d'eredità, è necessario argomentare dal principio generale ivi accolto *mala fides superveniens non nocet* (art. 702), e indagare poi quali limitazioni esso subisce. Ed è questo un sottile lavoro d'interpretazione, come quando si deve argomentare dall'espressione dell'art. 933 « Se questi (erede apparente) ha alienato in buona fede, ecc. » per indurne che qui non basta più la buona fede iniziale. Leggo nel TARTUFARI, op. cit. II pagine 522-23, che pure non accusa del tutto il silenzio del legislatore sulla petizione d'eredità: « soltanto per influsso malefico di pedantesche teoriche... si ama di preferenza prestare un cieco ossequio alla sola parola del legislatore: e la giurisprudenza soverchiamente timida non si vuol dare la pena di risalire ai larghi concetti, onde venne informato il verbo legislativo ». Ma sono pur troppo noti i pericoli di questa giurisprudenza di concetti (*Begriffsjurisprudenz*) anche quando si manipola

1) *Naturaliter* quando egli in seguito siasi formato la piena persuasione che la cosa, che egli sino ad ora aveva ritenuto come sua, non gli spetta realmente, ma è altrui. Tale è il caso quando il vero erede o proprietario reclama stragiudicialmente, ovvero giudicialmente

nella scuola; crescono, portata nel foro. Se i Codici hanno ad esistere, debbono essere chiari e completi e lasciare il minimo di libertà a tutto quello intricato e tecnico lavoro d'interpretazione che li riduce libri inaccessibili ai più, dove pur sempre si mescola qualche parte di arbitrario e di subiettivo che si gabella per ricostruizione del pensiero del legislatore e dove si annida anche il garbuglio curialesco. Queste, al pari delle sociali, son riforme benefiche da introdurre nel Codice civile. Quando, per esempio, vedesi un dotto uomo come il TARTUFARI, op. cit. Il pag. 446, costretto ad argomentare in un tema così importante, come quello della cessazione della buona fede, dalla successione diversa di due articoli nel Codice francese e nell'italiano, chi può esser certo, malgrado l'acuta analisi di lui, che ciò riveli una profonda diversità di concetti, il recoudito pensiero di quel mitico nume che è il « legislatore » Abbiamo, è vero, raccolta in un'unica sede del Codice la dottrina del possesso; ma quanti dubbi non restano nell'applicarla in singoli casi alla petizione d'eredità!? Lo stesso TARTUFARI, op. cit. Il num. 399, il quale dichiara che non conosce articoli contraddittori ai principi generali sulla buona fede e al valore iniziale di questa, contenuti negli articoli 701, 702, e mostra la loro armonia coll'art. 933 cap. ult., è in sostanza trascinato (malgrado l'amore per la coerenza del Codice gli faccia usare altre e più delicate frasi) ad ammettere che la buona fede iniziale non produce poi tutti gli effetti, che continua per finzione, che lo stesso art. 933 esige che per le alienazioni fatte dall'erede apparente la buona fede esista al momento in cui sono compiute. Insomma l'erede apparente di buona fede si scinde in due tipi diversi secondo che la sua buona fede iniziale continua o no! Ognuno intende come ciò intrichi la matassa. Si aggiunga che d'ipotesi si va in ipotesi e questa dottrina che non è sorretta da una precisa distinzione, scritta nella legge, si deve portare al suo effetto pratico appoggiandosi ad un'altra interpretazione estensiva o, a dir meglio, ad una analogia di diritto! Invero insegna il TARTUFARI che la buona fede iniziale disobbliga l'erede apparente, in cui cessa la buona fede iniziale, dai restituire senza domanda la eredità e intanto fa suoi i frutti e si avvia alla prescrizione, ma avvertito di tenere una eredità non sua, non può consumarla né disperderla dovendosi ritenere che lo faccia con dolo (questo speciale dolo soltanto?), per rendere inane la temuta domanda di restituzione. Una prima incertezza si verifica riguardo ai fatti da cui potremmo indurre secondo il nostro diritto la cessazione della buona fede iniziale. Poi per rendere responsabile questo possessore alienante (malgrado la lettera dell'art. 439) bisogna con un altro lavoro di dialettica giuridica ammettere, come facemmo anche noi, che questo articolo non escluda nel nostro sistema legislativo il principio più generale del *desinere dolo possidere*. Pochi, ma precisi articoli sulla petizione d'eredità con opportuni richiami alla dottrina del possesso, ci avrebbero risparmiato molte incertezze e difficoltà. Cf. ad esempio, un riferimento di tal genere nel § 824 del Cod. civ. austr. Quali sono pertanto le massime da indicare come proprie del nostro diritto? Dagli articoli 701, 702, 703, 933 si può asserire che civilmente cessa la buona fede e incomincia la mala fede con la domanda giudiziale. Non sembrami fondata altra costituzione in mala fede dell'erede apparente con buona fede iniziale, a meno che dalla riferita espressione dell'art. 933 non si voglia inferire che la buona fede può dimostrarsi cessata civilmente per qualche effetto anche prima della domanda giudiziale e cioè già al momento in cui l'erede apparente procede alla alienazione. Ma essa lascia luogo a molti dubbi.

domanda la cosa da colui che sino a questo momento la possedeva in *bona fide* e tosto dimostra la legittimità della sua pretesa con prove tali che persuasero il possessore della illegittimità del suo possesso.

2) *Civiliter* quando egli veramente non si è ancora persuaso della illegittimità del suo possesso, ma nondimeno dal momento in cui ha ricevuto legale notizia dell'azione promossa contro di lui (cioè a dire da quello in cui gli fu partecipata l'azione *ad excipiendum*) in base al disposto delle leggi è ritenuto, per certi effetti giuridici, eguale ad un *possessor malae fidei*; in quanto, cioè, se venga condannato alla restituzione, deve ora render conto come un amministratore di cose altrui e rispondere di ogni danno imputabile ⁶¹⁾. Sotto ogni altro aspetto rimane un *bonae fidei possessor* anche durante il processo.

§§ 568 e 569.

Distinzione tra il bonae e il malae fidei possessor.

I) *Relativamente alle cose in sè stesse appartenenti all'eredità.*

La *petitio hereditatis* mira pertanto a questo, che il convenuto restituisca la eredità in base a un inventario o ad una specificazione giurata insieme a tutto ciò che le appartiene. Ora le cose spettanti all'eredità, o esistono nel loro stato naturale e senza danneggiamenti, o no. Nel primo caso il *possessor bonae fidei* le restituisce senza differenza alcuna, come il possessore di mala fede ^{e)}. Nel secondo invece si considera

I. se le cose sono danneggiate, ovvero del tutto perite. Qui se il possessore è

⁶¹⁾ Si veda qui ancora WESTPHAL, *System des röm. Rechts über die Arten der Sachen*, ecc. § 933 — e SCHLEGEL, *Diss. de discrimine inter possess. b. et m. fidei* cap. III § 35.

e) Non vi può esser dubbio neppure nel diritto italiano. Vedi in questo senso LAURENT, IX, 529; PACIFICI-MAZZONI, *Success.* V num. 100 e 121; MAIERINI, *Studi intorno all'art. 993 del Cod. civ.* pag. 15 nota 16; TARTUFARI, op. cit. II num. 405.

1) un *bonae fidei possessor* e il danno si è verificato già prima dell'iniziamento del processo, niente deve rifondere. Infatti la *bona fides* lo autorizzava a disporre della cosa, così come se fosse sua vera proprietà ⁶⁵). Non ha luogo neppure la valutazione di una colpa. A ragione dice quindi ULPIANO ⁶⁶): *quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem*. Se il danneggiamento si è verificato invece soltanto durante il processo, il possessore di buona fede deve indennizzarlo, ove anche fosse avvenuto per la minima negligenza. ULPIANO dice: *Postea vero et ipse praedo est* ⁶⁷). Quando tuttavia delle cose ereditarie siano perite per caso fortuito si considera se il possessore per lo innanzi di buona fede è stato costituito in *mala fides* già *naturaliter* mediante le prove addotte dall'attore, o soltanto *civiliter*. Nel primo caso deve rispondere per ogni danneggiamento, in quanto ne abbia colpa per la continuazione del possesso, nel secondo caso invece niente egli ha da rifondere ⁶⁸). Laonde riguardo a ciò che di spettante all'eredità sia perito per caso fortuito si prende in considerazione il momento della condanna ⁶⁹).

2) Al contrario il possessore sin da principio di mala fede non solo deve rifondere ogni danno, da lui cagionato per dolo od una colpa qualsiasi ⁷⁰), ma risponde anche pei casi fortuiti; tuttavia con la differenza che il *praedo* nel vero significato, il quale non ha alcun titolo giuridico a suo favore può esser condannato incondizionatamente ⁷¹), ogni altro *malae fidei possessor* invece solo in quanto il caso

⁶⁵) L. 136 D. *de div. reg. iur.* *Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.*

⁶⁶) L. 31 § 3 D. h. t.

⁶⁷) L. 31 citata; L. 45 D. *de rei vindicat.*; [6, 1]; L. 4 § 2 D. *fin. regund.* [10, 1].

⁶⁸) L. 40 pr. D. h. t.; L. 16 pr. D. *de rei vindicat.* — HASSK, cit. *Diss.* § 20. WESTPHAL, *System des röm. Rechts von den Arten der Sachen* § 934.

⁶⁹) L. 36 § 4 D. h. t. WESTPHAL, *Comm. über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente* § 450.

⁷⁰) L. 25 § 2 D. h. t.

⁷¹) L. 40 D. h. t.; L. 7 § fin. D. *de cond. furt.* [13, 1]; L. 1 § 34; L. 19 D. *de vi* [43, 16]; L. 2 Cod. *de cond. furt.* [4, 8]. — De COCCEJI, *Ius civ. controv.* h. t. qu. 19. — HOFACKER, *Princ. iur. civ.* tom. II § 1679. — MALBLANK, *Dig.* tom. II h. t. § 379.

non avrebbe colpito la cosa presso l'attore ⁷²⁾; del che incombe a questo la prova ⁷³⁾. La distinzione, che alcuni giureconsulti vogliono fare inoltre riguardo al *m. f. possessor simplex* se il caso fortuito si sia verificato già prima dello iniziamento del processo, o soltanto durante questo, non è fondata nelle leggi e vien quindi respinta da altri, tanto più che il convenuto che sin dal principio del suo possesso è in *mala fides*, trovasi senza dubbio *in mora* già prima del processo ⁷⁴⁾ f).

72) L. 20 § fin. D. h. t.; L. 15 § ult. D. *de rei vindicat.* Confrontando i due passi fra loro, la L. 20 § fin. non può essere intesa altro che ipoteticamente, cioè quando l'attore abbia avuto occasione di vendere la cosa. Vedi JENSIUS in *Strictur. ad Rom. iuris Pandect.* pag. 36 — e WESTPHAL, *System der R. R. von den Arten der Sachen* § 929.

73) COCCEJI, l. c. — HOFACKER, l. c. § 1677 in fine.

74) WERNHER, *Observat. for.* tom. I parte IV obs. 214 n. 127. — WESTENBERG, *Princ. iuris. sec. ord. Dig.* h. t. § 31. — MALBLANCK, *Digest.* h. t. § 379 — HOFACKER, l. c. §§ 1677 e 1679.

f) Questa opinione accolta già dalla Glossa ad L. 33 § D. h. t., ad L. 62 D. *de rei vind.* ad L. 1 C. *de his quib. ut indign.* 6, 35, e già combattuta da alcuni glossatori, fu tra i postglossatori confutata specialmente da *Rafaele FULGOSIO* ad L. 19 § 2, ad L. 36 § 3 e ad L. 40 D. h. t. L'antico errore che un *possessor malae fidei* sia in mora già dal principio del suo possesso fu rigettato generalmente e fa meraviglia che ricompaia nel GLÜCK, il quale, come anche il FRANCKE, *Ereg.* II pag. 228, osserva, ne deduce l'altro errore che un *malae fidei possessor*, anche prima dell'iniziamento del processo, sopporti il caso fortuito (così tuttavia anche NEUNER, *Wesen und Arten der Privat-rechtsv.* pag. 184 seg.), mentre poi d'altro canto afferma che egli risponde solamente dopo il Scto giovenziano per il *dolus praeteritus*. Generalmente i romanisti accolgono l'opinione che del caso fortuito non è responsabile neppure il possessore di mala fede prima dello iniziamento della lite. FRANCKE, *Ereg.* II pag. 256 seg. 274; ARNDTS-SERAFINI, § 533 Anm. 3 (modifica una sua precedente opinione); WINDSCHEID, § 712 cf. § 193 nota 13, ecc. I passi delle fonti stabiliscono la mora *ab initio* soltanto per il ladro e il *violentus possessor* (LL. 18, 20 § 21, 40, 54 § 2 D. h. t.; L. 15 § 1 D. *de R. V.* 6, 1; L. 14 § 1 D. *quod metus causa* 4, 2; L. 30 § 1 D. *de iureiur.* 12, 2; L. 19 D. *de vi* 43, 16, L. 7 C. *de condic. ob turp. causam* 4, 7). Lo scrupolo del TARTUFARI, op. cit. II pag. 451 nota 2 che alcuni dei testi citati e specialmente la L. 20 § 21 D. h. t. non accennino espressamente a violenza nè a clandestinità, s' può eliminare già per la generale e nota considerazione che nelle fonti considerate *in complexu* non si volle lasciare alcuna antinomia e che se noi non intendessimo quei passi secondo la ben definita dottrina della mora creeremmo noi stessi un'antinomia infondata. E quanto alla cit. L. 20 § 21 e alla sua non applicabilità alla mora e alla consequenziale responsabilità per il caso fortuito mi limito a rimandare a FRANCKE, *Ereg.* II pag. 257 che combatte anche ARNDTS (il quale però, come dicemmo, accolse altra opinione nel trattato delle Pandette.).

Di fronte al nostro Codice ci aggiriamo nella solita incertezza, la quale può togliersi di mezzo soltanto ricorrendo ai principi generali che qui pure son quelli del diritto

II. Se siano state alienate o consumate delle cose ereditarie, devesi nuovamente distinguere:

1) Se il convenuto sia un *bonae fidei possessor* risponde per tutto ciò che più non esisteva innanzi allo iniziamento del processo solo in quanto siasi arricchito pel valore o pel frutto ^{g)}. *Consuluit Senatus*

romano. Un residuo della dottrina sostenuta ancora dal Glück si può trovare in BORSARI, *Comm. al Cod. civ.* §§ 2011, 2021, al quale non piace che il possessore di buona e di mala fede sieno equiparati così in *praeteritum*, come per il tempo posteriore alla lite. Ma qui siamo di fronte ad un dilemma assai semplice, come interpreti del diritto positivo. O si hanno nel Codice civile testuali od analoghe disposizioni e applichiamo queste, o dobbiamo ricorrere ai principi generali di diritto (cioè i romani e il BORSARI segue tal via) e allora dobbiamo accoglierli come derivano dalle fonti, molto più se ce li offre una secolare ed autorevole interpretazione già ben definiti. La dottrina opposta a quella del Glück è così poco « nuova » (come la chiama il TARTUFARI, loc. cit.) che rimonta a RAFAELE FULOSIO ed è la comune! Combina a capello con la dottrina del possesso e si contano sulle dita i romanisti che siano ancora d'accordo col GLÜCK (Cf. WINDSCHEID, § 193 nota 13 e i cit. ivi). Se anche poi il possessore di mala fede non è tenuto in *praeteritum* del caso fortuito, la dottrina romana è equa e razionale perchè così prima, come dopo la lite, è trattato assai diversamente che il possessore di buona fede. Nel caso di violenza o furto è il delitto, su cui basa la mora. Non confondiamo i concetti morali coi giuridici. Chiunque tarda a fare ciò che dovrebbe, trovasi rimpetto alla coscienza in uno stato di mora, non così rimpetto alla legge che per tale scopo richiede un'interpellazione o un determinato surrogato di questa. Ciò tanto più in un sistema legislativo che si appaga della buona fede iniziale. E nel nostro Codice si può argomentare anche dall'art. 1298 (adoperabile pure per la rivendicazione), secondo il quale la responsabilità del debitore (respect. possessore di mala fede) pel caso fortuito incomincia dalla mora, tuttavia col vantaggio della prova che la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore (Cf. art. 1219). Si veda dunque come il Codice proceda cautamente e senza soverchio rigore. Possiamo pertanto ritenere conforme al sistema del nostro diritto la vera dottrina romana che, a meno di erede apparente violento o clandestino, il semplice erede di mala fede non sia costituito in mora che con la *petitio*. Nello stesso senso sembra decidere il TARTUFARI, op. cit. II num. 403, ma vedi poi num. 488 pagine 542-543, ove crede che il nostro Codice abbia seguito l'antica dottrina della Glossa, argomentando dall'art. 1148 (ricevimento d'indebito in mala fede) che d'analogia in analogia estende prima alla rivendicazione, poi alla petizione d'eredità. Il TARTUFARI stesso, del resto non esclude che sia possibile conciliare l'art. 1298 coll'articolo 1148. Cf. di fronte ai corrispondenti articoli del Codice francese e secondo l'opinione da me accolta SERESIA, op. cit. num. 178. Nel progetto di Codice civile tedesco è accolta la sana teoria romana *Entw.* § 2086 che rimanda ai §§ 934, 935, 245-253.

g) Cf. su questo principio in generale FRANCKE, *Exeg.* II pag. 214 e in specie lo scritto di SCHRÖDER, cit. a pag. 706, e su questo WINDSCHEID, § 612 nota 13 e KOHLER, *Krit. Vierteljahresschr.* XIX pag. 498 seg. Si vegga poi la nota seg. Ma più c'importa qui l'argomento nel diritto italiano. Mi limito qui, secondo il testo del Glück a parlare del caso che il possessore di buona fede abbia alienato o consumato cose ereditarie e credo che qui pure la miglior via sia di accettare, salvo fondate deviazioni, la dottrina romana, come è sostenuta con grande calore dal TARTUFARI, op. cit. II numeri 415, 489-491. Cf. SERESIA, op. cit. num. 167 seg. Ma non manca qualche articolo del Codice che

bonae fidei possessoribus, dice ULPIANO ⁷⁵⁾, *ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupleiores facti sunt.*

⁷⁵⁾ L. 25 § 11 D. h. t. Ciò che in contrario ha ricordato BORN. AUTUMNUS in *Cens. Gallic. ad h. L.* è del tutto senza fondamento, come ha mostrato ULR. HUBER in *Eunom. Rom.* pag. 281.

direttamente o per analogia ci rischiarì la via. L'art. 933 Cod. civ. che, quasi masso erratico, contiene disordinatamente un frammento della dottrina della petizione d'eredità dispone: « L'effetto dell'accettazione risale al giorno in cui si è aperta la successione. Sono però sempre salvi i diritti acquistati per effetto di convenzioni a titolo oneroso, fatte di buona fede coll'eredità apparente. Se questi ha alienato in buona fede una cosa dell'eredità, è soltanto obbligato a restituire il prezzo ricevuto, o a cedere la sua azione contro il compratore che non lo avesse ancora pagato ». Continua poi a parlare della restituzione dei frutti, ma di ciò in seguito. Di cose deteriorate, consumate, distrutte, come vedesi, non si parla. Pare anzi che alienazione debbasi intendere equivalente a vendita, poichè dopo si fa parola di prezzo e di compratore. Ha ben ragione il TARTUFARI, op. cit. II num. 415 quando osserva che « non vi è parte del Codice civile che fosse preceduta da meno accurati studi sulle questioni che dividevano dottrina e giurisprudenza ». Ma intanto versiamo nelle più gravi difficoltà ed incertezze. I principi romani esoneranti il possessore di buona fede dalla responsabilità per le degradazioni verificatesi prima della petizione di eredità sono difesi pel diritto francese dal SERESIA, op. cit. num. 153, ed io li credo applicabili al diritto nostro. Ma sugli utili e i profitti distinti dal prezzo e che pure l'eredità apparente di buona fede derivò dal godimento della eredità la giurisprudenza francese discorda dal diritto romano, rilasciando i primi all'eredità apparente. Che dovremo dire del diritto nostro? Procediamo con ordine. Nessun dubbio che l'eredità apparente di buona fede non risponda delle alienazioni a titolo gratuito, non essendovi un fondamento giuridico per basarvi l'obbligo della restituzione, salvochè il donante non avesse ricevuto qualche controprestazione (DALLOZ, *Rép. v.º success.* 546; AUBRY e RAU, § 618 num. 19; LAURENT, IX, 535; SERESIA, op. cit. num. 167; MAIERINI, op. cit. pag. 17; TARTUFARI, op. cit. II num. 479). Allo stesso modo manca una base giuridica per edificarvi la responsabilità del possessore di buona fede che consumò, distrusse o smarri cose ereditarie. Sotto un aspetto economico e sociale potranno aver valore le opposizioni di quei civilisti francesi (cf. TOULLIER e DUVERGIER, IV num. 31 seg.; DURANTON, I num. 509 §§ 572, 579; TROPLONG, *De la vente* num. 960) che trovano in ciò un deplorabile eccitamento allo sperpero dei capitali, poichè chi più consuma meno è tenuto a rispondere. Ma finchè il diritto di proprietà resta un *ius utendi ac abutendi* delle cose proprie o in buona fede credute tali, senza sindacato di una censura sociale o suntuaria e senza offesa ad una proprietà collettiva, quelle obiezioni sono antiggiuridiche. Se si volesse anche di più, si potrebbe osservare che riguardo all'art. 933 vale ricordare che nella relazione PISANELLI si dice che le disposizioni del progetto furono suggerite dal desiderio « di rendere certe le trasmissioni della proprietà e di rialzare il credito immobiliare ». Io ascrivo a questa considerazione un peso maggiore di quello che le attribuisce il TARTUFARI, op. cit. II num. 415, poichè veramente si volle che l'eredità apparente di buona fede (e crediamo basti la iniziale), si considerasse e potesse agire con la sicurezza di un vero proprietario. Né il sistema economico che grava la mano sull'eredità vero a danno dello apparente è del tutto sbagliato, poichè prescindendo dai casi di assenza, pei quali esiste già un'apposita dottrina, se i diritti nella loro odierna forma individualistica debbono esistere, conservano almeno un interesse

Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverint, perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt: nec si dona-

sociale nell'esser fatti valere da persone attive e vigilanti. Rimpetto alla collettività sociale, in specie pel movimento dei capitali e per i molti rapporti giuridici che si collegano alla eredità e che nuoce rimangano in sospenso, ha quasi maggiori benemerenze il solerte erede apparente di buona fede, che il vero erede assai spesso negligente.

Riguardo alle alienazioni non v'è dubbio che esista l'obbligo della restituzione del prezzo, qualunque esso sia, anche se maggiore del reale valore della cosa alienata (cf. art. 933, arg. 1149 Cod. civ. PACIFICI-MAZZONI, *Success.* V num. 122; TARTUFARI, op. cit. II num. 491). La questione se l'erede vero possa pretendere la restituzione del prezzo ove l'erede apparente recuperi la cosa alienata e sia pronto a restituirla (negativamente risponde il PACIFICI-MAZZONI, *Success.* V num. 136, affermativamente il TARTUFARI, op. cit. II pag. 547 nota 2), deve essere risolta nel senso che l'erede vero, appunto in virtù del principio di surrogazione e per l'utile maggiore, può preferire il surrogante al surrogato. Credo poi conforme allo spirito del Codice una interpretazione estensiva della parola alienazione dell'art. 933 cit. Cf. anche PACIFICI-MAZZONI, *Success.* V n. 137.

La difficoltà sorge riguardo all'obbligo dell'erede apparente di restituire all'erede vero gli utili e i profitti distinti dal prezzo. Stando all'art. 933 (« soltanto obbligato a restituire il prezzo *ricavato* ») si dovrebbe asserire che il nostro legislatore lo escluse, a meno che non si tratti di quell'utile che, eccedendo il valore reale della cosa, fa parte tuttavia del prezzo ricavato. Malgrado l'opinione diversa di illustri civilisti, crediamo che si tratti del prezzo tuttora esistente, non del consumato, appunto per questa dizione restrittiva dell'art. cit. Così anche il TARTUFARI, op. cit., II, n. 502. Ma io aggiungo pure che altrimenti si addosserebbe all'erede apparente di buona fede un obbligo di restituzione degli utili differenti dal prezzo. Il principio di surrogazione si arresta qui alla rappresentazione della cosa mediante il prezzo, ma non spingesi più oltre. E il prezzo giuridicamente rappresenta un'entità, finchè figura distintamente nel patrimonio dell'erede apparente. La difficoltà della prova è piuttosto immaginaria che reale e lo scrupolo di non toccare i segreti di famiglia è qui fuori di luogo. Mi sembra molto opportuna l'osservazione del SERESIA, op. cit., n. 169, che il diritto odierno presenta dei casi nei quali si seguono i capitali a traverso i collocamenti che ne sono stati fatti. Ma il TARTUFARI, per essere perfettamente coerente, avrebbe dovuto ammettere una regola meno assoluta dal momento che sostiene l'accordo dei principi romani sull'arricchimento valutabile nel patrimonio dell'erede apparente col principio di surrogazione. A me sembra più conforme ai principi generali cui s'informa il nostro codice e alle sane regole ermeneutiche ammettere, che l'erede apparente di buona fede non debba restituire che la cosa in natura o il suo valore. Cf. HUREAU, *Success.*, III, 164-167. Il TARTUFARI, op. cit., II, pag. 544, muove dall'osservare che se la cosa nel consumarsi, nel distruggersi, nel deteriorare, nel trasformarsi perdendo il suo primitivo essere ed anche nel permutarsi ha recato un qualche vantaggio al possessore egli, rigorosamente parlando, non sarebbe tenuto ad alcuna restituzione. Già egli ha escluso che l'erede apparente di buona fede (ivi pagine 524, 532) debba restituire i lucri occasionali indiretti ed insegnato (con un'esposizione, a dir vero, assai involuta e poco ordinata) che è « tenuto soltanto per esistere presso di lui un lucro il quale per alcuna ragione giuridica non gli è dovuto e proviene dall'altrui sostanza ereditaria ». Ma dove trovare una base giuridica per ciò di fronte all'esplicita disposizione dell'art. 933? Egli ricorre arditamente all'art. 439, alla teoria generale dei quasi-contratti, all'art. 1148, secondo cui chi ha ricevuto una cosa in buona fede « non è tenuto alla restituzione che sino alla concorrenza di ciò che è stato rivolto in suo profitto ». Sostiene poi lo stretto rapporto dell'art. 1148 con l'art. 439, ossia con la rivendicazione e con la petizione d'eredità. (Cf. anche pag. 560). Dopodichè esce nelle

rerint, locupletiores facti videbuntur; quamvis ad remunerandum aliquem naturaliter sibi obligaverunt. Plane si ἀρτιότατα, id est, remunerationes acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos quatenus acceperunt velut genus quoddam hoc esset permutationis. Quindi il possessore di buona fede non indennizza per ciò che spendè o donò dell'eredità prima dell'iniziamento del processo, in quanto non ne abbia avuto qualche remunerazione dal donante. Se all'opposto il *possessor b. f.* abbia vissuto soltanto della eredità e nel frattempo non abbia dovuto toccare il proprio patrimonio, si è arricchito di tanto, quanto ha risparmiato e messo da parte del suo. Questo deve quindi rifondere all'attore. Ma se egli a causa dell'eredità abbia vissuto meglio ed abbia lasciato correre maggior danaro di quello che secondo la sua precedente maniera di amministrare avrebbe impiegato del proprio patrimonio, si prende soltanto a considerare come diportavasi per lo innanzi nella sua economia domestica. Ciò che ha consumato di quella, devesi ri-

seguenti parole, per me gravissime: « La cosa è così evidente, che se bene il legislatore abbia impreso a discorrere nell'art. 933, degli oggetti della petizione di eredità, sul particolare onde abbiamo testè discorso, non ha stimato bene spendere alcuna parola, confidando a ragione, che il savio magistrato non avrebbe esitato un momento ad adottare una interpretazione estensiva, siccome quella che nella soggetta materia risponde meglio allo spirito e all'alto principio che informa l'art. 1148 » (op. cit. pag. 544). Togliendo poi dal diritto francese e specialmente da POTHIER una presunzione d'arricchimento dell'erede apparente a favore dell'erede vero, salvo prova contraria del primo (DEMOLOMBE II, 170-172; AUBRY et RAU, § 616, n. 17, LAURENT, IX, 528; SERESIA, op. cit. n. 140-142, 169, 131-132) completa la sua dottrina e la crede solidamente fondata ed equa (op. cit. pag. 536). Io non nego che col possesso dell'erede apparente concorrano obbligazioni accessorie, ma non comprendo come vi si possa collegare la teoria dei quasi-contratti che ha una figura così distinta. Checchessia poi dell'art. 1148 noi non siamo in alcun modo autorizzati a farlo rientrare in quella dottrina del possesso riunita in un'unica sede del codice, cui sembra che dobbiamo riferirci in materia di petizione d'eredità. Ad ogni modo non so come il magistrato possa ricorrere ad una interpretazione estensiva di un articolo come il 933 che è chiaramente restrittivo, in specie per l'avverbio *soltanto*. Anzi mentre l'art. 39 parla di prezzo di beni alienati e di « beni nei quali sia stato investito » tale surrogato non ricorre nell'art. 933 forse per la ragione che è meno sicura e meno degna di protezione la qualità di immesso nel possesso definitivo dei beni dell'assente che di erede apparente di buona fede. Nè ha alcun fondamento la presunzione d'arricchimento perchè se il legislatore voleva che qui pure imperassero i principi generali non doveva decidersi ad una disposizione speciale per la petizione d'eredità. Si ricordi che per le ragioni sopra accennate si è voluto favorire, assai largamente, l'erede apparente di buona fede. Potremo, se vuolsi, biasimare tal sistema, ma l'interprete per un malinteso amore di equità o per l'ammirazione della dottrina romana, non può dimenticare che esiste una disposizione limitativa dei principi generali. La stessa dottrina dell'interpretazione glielo vieta.

guardare come prodigalità che torna a suo vantaggio. ULPIANO ⁷⁶⁾ dice: *Quod autem quis ex hereditate erogavit, utrum totum decedat, an vero pro rata patrimonii eius? utputa penum hereditarium ebibit, utrum totum hereditati expensum feratur, an aliquid et patrimonio eius: ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hereditatem? ut si quid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus, locupletior, in statutis vero suis sumptibus* ⁷⁷⁾ *videatur factus locupletior, utique enim et si non tam laute erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset. Nam et D. MARCUS in causa PYTHODOEI, qui rogatus erat, quod sibi superfuisset, ex hereditate reddere, decrevit, ea, quae alienata erant non minuendi fideicommissi* ⁷⁸⁾, *nec pretium in corpus patrimonii PYTHODOEI rediisse; et ex proprio PYTHODOEI patrimonio, et ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate* ⁷⁹⁾. *Et nunc igitur statuti sumptus utrum ex hereditate decedent exemplo rescripti D. MARCI an ex solo patrimonio, videndum erit.*

76) L. 26 § 16 D. h. t. — Ant. FABER, *Coniectur. iur. civ. lib. XVIII cap. 3* non trova qui altro che tribonianismi. Si veda però in contrario HUBER, *Eun. Rom. pag. 283*.

77) *Statuti sumptus* non diconsi qui, come Ant. FABER crede, le spese necessarie, ma le usuali spese, come il convenuto, prima di aver ricevuto l'eredità, aveva l'abitudine di fare secondo il suo modo di amministrare. Vedi WESTPHALS *Commentar § 445*.

78) Qui devesi aggiungere la parola *causa*.

79) Il fedecommesso che era stato lasciato con la clausola: se resterà qualche cosa della eredità, prima della Nov. 108 [Zach. 127] di GIUSTINIANO autorizzava il fiduciario a consumare l'intera eredità. Soltanto, egli non doveva dolosamente abusare di questa facoltà per diminuire o distruggere il fedecommesso. Neppure doveva impiegare nel suo patrimonio alcunchè delle cose ereditarie. Se, per esempio, egli ha aumentato il suo patrimonio con i prezzi ricavati dalla vendita di cose ereditarie, o per il danaro ha procurato altre cose, tutto deve esser restituito al fedecommessario. LL. 70 e 71 D. *de legatis* II (31). Anche le spese che ha fatto sull'eredità, secondo le leggi delle Pandette non solo potevano esser defalcate dalla eredità, ma se il fiduciario aveva un proprio patrimonio, dovevano esser ripartite in proporzione di questo. Per esempio, se il patrimonio era di 2000, la eredità ammontava a 1000 e il fiduciario consumò 600, deve calcolare 400 su quello e 200 su questa. L. 3 § 2 D. *de usur.* [22, 1]; L. 54 D. *ad Sctum Trebell.* [36, 1]. Per la Novella 118 tutto questo vien meno; in base ad essa l'erede può liberamente disporre dei tre quarti della eredità. Vedi Jo. Aug. REICHARDTS, *Diss. de fideicom. eius, quod superfuturum erit.* (Jenae 1785).

Tutto ciò che invece il *b. f. possessor* ha alienato, sprecato o con-

nisi debbasi leggere *etsi*. JENSIUS, *Stricturae ad jus Rom.* ad h. L., legge invece *siquidem* e così, in perfetta antitesi con la opinione comune, ammette che il vero erede abbia la rivendicazione delle cose ereditarie vendute dall'erede presunto, quando l'acquirente abbia il regresso contro l'alienante. Il BOLZE l. c. propone di leggere *nisi heres regressum ad bonae fidei possessorem habet*, ma senza alcun fondamento. Il MOMMSEN accettò la lezione *nisi*, ma esternò poi la opinione che le parole *nisi-habent* non siano di ULPIANO. In mezzo a tutte queste dubbiezze è notevolissimo il tentativo del SERAFINI di conservare inalterato il testo (in cui non si possono introdurre mutazioni ed emendazioni ove non abbiano qualche base) e di spiegarlo in un significato diverso da quello della comune opinione. E che quella fosse la lezione accolta dai giuristi giustiniani e da STEFANO, vedesi anche dai Basilici 42, 1 (HEIMB. IV, p. 220) ove le discusse parole son così riferite: *σι μη ἄρα ὁ ἀγοραστής τούτου γενομένου δύναται ἐνάγειν τῷ πρῶτῳ*. Cioè: *nisi forte hoc facto emptor venditorem convenire possit*. Dopo ciò soggiunge lo JOSEPH l. c. pag. 219 trionfalmente: « da questo appare che ai tempi di GIUSTINIANO in cui viveva STEFANO erano accolte la veduta della comune opinione e la lezione *nisi* e se veramente da ciò non appare anche che ULPIANO abbia scritto *nisi*, per la pratica dell'odierno diritto romano dovrebbe essere tuttavia fuori di dubbio la esclusiva applicazione della comune opinione vigente ai tempi di GIUSTINIANO e riconosciuti anche dalla Glossa [ad L. 25, § 17, cit. v.º *habeant*] ». Ma si può opporre che se certamente la opinione comune ha una base tradizionale, non ne viene che sia perciò solo incrollabile anche rimpetto ad una più dotta esegesi del testo. Non è l'unico caso in cui ciò accadrebbe. E come possono avere errato i giuristi d'occidente dopo i risorti studi del diritto romano, è lecito ammettere che possano esser caduti in errore gli stessi bizantini, molto più che qui si trattava (concesso pure che ULPIANO abbia scritto *nisi*) di intendere il significato latino di una congiunzione. Né gli argomenti dello JOSEPH hanno un valore assoluto per noi, che se sotto un aspetto pratico facciamo base di operazione il diritto giustiniano, vogliamo pure risalire al sistema del diritto classico e di qui trarre nuovo alimento per le odierne costruzioni giuridiche.

Giova anche ricordare i recenti studi sulle interpolazioni nelle pandette e sul latino dei giureconsulti. La parola *regressus* nel disputato passo fa supporre un'interpolazione o per lo meno un mutamento nel testo genuino. Cf. GRADENWITZ, *Interpolation. in den Pandecten* (Berlin 1887) pag. 80. Lo EISELE, *Zeitschr. der Sav. Stiftung f. Rechtsg.* X, R. A. p. 296 seg., è venuto alla conclusione che in molti frammenti delle pandette i periodi che cominciano con *nisi* sono interpolazioni dei compilatori; uno dei passi interpolati sarebbe appunto il *nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent* della l. 25, § 17, D. h. t. Ciò posto, ci si presenta una questione, direm così, pregiudiziale. Ammesso come molto probabile che il genuino testo non recasse quella frase o per lo meno non in quel modo in cui ora la leggiamo, si dovrà prendere il partito di non tenerne conto? Io credo che si sceglierebbe una falsa via sì perchè, in ultima analisi, la interpolazione non è certa, sì perchè noi non possiamo dimenticare che anche le interpolazioni furon fatte legittimamente e se può sceverarle dal testo il filologo e lo storico puro del diritto, pel giurista ne formano parte integrante. Concorro pertanto col SERAFINI, *Arch. giur.* XLIV, pag. 453, che pur ammettendo che quelle parole sieno un'aggiunta dei compilatori, una volta che trovansi nel testo ufficiale delle pandette è meglio darvi un'interpretazione giusta e conforme alla lingua latina che supporre contengano un errore giuridico dei compilatori stessi, come crede lo EISELE. Vediamo adesso la interpretazione del SERAFINI. Egli in perfetta antitesi alla comune opinione traduce la l. 25, § 17, D. h. t. nel seguente modo: « Parimente, se il possessore di buona fede ha venduto i beni ereditari nè si è arricchito col prezzo, può egli il petitore rivendicare

sumato durante il processo, deve rifonderlo al pari di un *possessor*

dal compratore le singole cose se non sono peranco usucapite? E se le rivendica non potrà egli essere rigettato coll'eccezione che non si faccia pregiudizio all'eredità fra l'attore e colui che ha venduto, dappoichè nell'azione di petizione dell'eredità non entra il prezzo di quelle cose, *quantunque i compratori soccombenti possano rivolgersi a colui che alienò?* Ed io ritengo che *le cose possano essere rivendicate*. SE NON CHE *i compratori hanno il regresso verso il possessore di buona fede* (Arch. giur. XX, pagine 413-15) Tutto si riduce pertanto a dare al *nisi* il valore di *sed, sed tamen, verumtamen*. Il SERAFINI, Arch. giur. XX, pag. 416, confortato anche dall'autorità di valenti filologi, adduce molti esempi di classici in cui ciò si verifica. Anche le fonti giuridiche ne offrono qualche saggio. CELSO nella l. 58, § 1 D. *de iure dot.* 23, 3 dice *nisi forte refert (mulier) habuerit rem... an non habuerit*. Così nel § 221 *Vat. fragm.* v'è un *nisi forte* nello stesso senso. Così trovasi pure in un passo di ULPIANO (l. 9, p. D. *de servo corrupto* 11, 3), che altra volta usa il *nisi quod* (l. 13, § 7, D. *de iniur.* 47, 10) come per lo più GAIO I, 67, 68, III, 216. Certamente nel nostro disputato passo abbiamo un *nisi* senz'altro, il che da taluno fu ritenuto costituire una filologica impossibilità di spiegarlo come vorrebbe il SERAFINI (vedi la recens. di JOSEPH in *Krit. Vierteljahrsch.* XXI, pag. 124). È anche vero, aggiungerò francamente, che il *nisi* è frequentissimo in ULPIANO nel senso usuale di eccettochè (Cf. nei suoi *Fragm.* I, 12; 6, 8; 11, 22; 19, 6; 22, 27, 33; 24, 30), ma qui non si tratta di maggiore o minore frequenza di una parola in un dato senso; basta ammettere che il valore che le ascriviamo non sia assolutamente ripugnante alla lingua latina. E che per tale aspetto filologico non pecchi la interpretazione del SERAFINI è ammesso dal WINDSCHEID § 612 nota 15, dallo EISELE l. c. ecc. Nè quell'uso avversativo del *nisi* ci vieta in modo assoluto di credere che si abbia dinanzi un'interpolazione dei compilatori delle Pandette. Cf. DUCANOE, *Gloss. med. et inf. latin.* s. v. *nisi*. Si potrebbe anche osservare che il *nisi* coll'indicativo, così come è nel nostro disputato passo, costituisce un'anomalia riguardo alla costruzione di quella congiunzione, come ipotetica. Forse dopo il *nisi* veniva un *quod* che si è perduto? La lezione dei Basilici sembra rendere impossibile tale ipotesi. Ma ammessa la possibilità filologica della interpretazione del SERAFINI, tutta la questione dipende dal vagliarne l'intimo significato giuridico. Ed io vi accelo per le seguenti considerazioni:

1.º perchè, tolto il caso di rinuncia, vi sarebbe sempre il regresso e così ULPIANO avrebbe dovuto logicamente porre la regola contraria a quella contenuta nelle sue parole *Et puto posse res vindicari*. Invano si cerca distruggere questo argomento e il TARTUFARI, che ha voluto assumersi calorosamente la difesa della opinione comune, ha finito coll'allargare il disputato passo a casi che non vi sono contenuti e coll'introdurre distinzioni tutt'altro che sicure. « Date, scrive egli op. cit. II, pag. 890, che non vi sia regresso a cagione del titolo lucrativo o della renunzia o della mala fede; e il terzo contro la vindicazione, secondo quest'ordine d'idee, che è il solo vero, non ha schermo ». È già nel corso dell'opera n. 550 pagine 611-12 aveva tentato di estendere la l. 25, § 17 a tutte le alienazioni anche gratuite sul ricordo di POMONIO che la legge delle XII tavole adopera la parola *emptio* nel significato di ogni e qualsiasi alienazione. Ognuno può vedere che valore abbia quest'argomento per una l. che parla espressamente di *pretium*! Quanto alla mala fede del terzo acquirente non si può dire, come fa il TARTUFARI (Cf. anche op. cit. II, pag. 593, nota 1), che sia un criterio limitativo del regresso, tanto più in un diritto, come il romano, che permetteva la vendita della cosa altrui. Oggi invece è richiesta la buona fede del terzo, come, richiamandosi alla L. in esame ben distingue la Cass. di Palermo 10 marzo 1891 (*Foro it.* XVI (1891) pag. 563). Resta proprio in tutta la sua crudezza quel significato che la comune opinione ascrive alle parole di ULPIANO;

malae fidei, siasi o no così arricchito, in quanto, cioè, gli può essere ascritto a colpa di non essersi arricchito⁸⁴). Invece già dal momento in cui è promossa l'azione, gli è vietata ogni alienazione, pur innanzi che sia contestata la *lis*⁸⁵), semprechè non assicuri l'attore mediante

⁸⁴) L. 20 §§ 6 e 16 D. *eodem*. — WESTPHAL, cit. *Comm.* § 411.

⁸⁵) Aut. FABER in *Rational.* ad L. 5 D. h. t. — Franc. de AMAYA, *Observ. juris* lib. III cap. 2 n. 36.

2.° perchè vi è una flagrante contraddizione tra i principi riguardanti la vendita dell'intera eredità e quelli relativi alla vendita di singole cose ereditarie. Già la Glossa fece questa osservazione, notando anche come ULPIANO in certo qual modo contraddica se medesimo: *sed contra supra eo... ubi dicit utilem actionem indistincte in emptorem dari* (Gl. ad l. 25, § 17, v.° *nisi emptores*). E già i glossatori cercarono di aiutarsi come meglio potevano. Insomma l'erede vero potrebbe con una petizione utile, sostituita alle singole rivendicazioni, recuperare l'intera eredità venduta ad un terzo (l. 13, § 4, D. h. t.), ma non riuscirebbe quasi mai con un'azione diretta (qui meno efficace della utile) a ripetere una singola cosa ereditaria alienata! Anche in questo punto il TARTUFARI (op. cit. II, n. 552 seg.) cerca nientemeno di concordare i due frammenti di ULPIANO (L. 13, § 4, L. 25, § 17) in modo che la posizione dell'erede petente sarebbe identica, ma invano tenta persuadere che alla condizione della non esistenza del regresso fosse subordinata anche la petizione utile contro il terzo acquirente dell'eredità intera. La L. 13, § 4, non si presta a ciò;

3.° perchè la rivendicazione e la petizione, come azioni reali, non possono patire eccezioni che in casi specialissimi e chiaramente dimostrati. Farle dipendere dalla considerazione del regresso è contrario a tutto l'intimo sistema romano. L'ostacolo a che abbia piena efficacia la petizione diretta contro l'acquirente di singola cosa ereditaria si è voluto trovare, esagerando, nel disposto del Sconsulto Giovenziano in virtù del quale neppure indirettamente l'erede apparente di buona fede dovrebbe risentire un qualche danno. Così si è finito per sacrificare del tutto secondo la comune opinione l'erede vero, il proprietario. Ma quanto siasi esagerato si vede da quei casi nei quali l'erede apparente di buona fede risente effettivamente qualche danno. Cf. FRANCKE, *Exeg.* II, pag. 308, SERAFINI l. c. pag. 422. Osserva il TARTUFARI op. cit. pag. 883 che l'erede vero non ci scappita « perchè tanto vale che l'erede apparente di buona fede consumi la cosa o il prezzo, il surrogato o il surrogante ». Ma se ciò fosse pure astrattamente vero, è egli lecito argomentare con una pura logica formale qui dove il testo suppone e ammette una rivendicazione pel caso che il *bonae fidei possessor* non si sia arricchito col prezzo? Tale posizione della questione emerge chiaramente dalla L. 25, § 17. *Item si... nec pretio* ecc. Siamo già dunque fuori delle supposte colonne d'Ercole del S.to giovenziano;

4.° perchè se non vi fosse una responsabilità qualsiasi dell'erede apparente, non si capisce come volesse mai assumere su di sé la lite e nasca nei compratori la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*. Allora questi sono coperti dall'erede apparente e non hanno più necessità di ricorrere al regresso, che, lo si noti bene, non solo è ammesso nel disputato passo, ma anche chiaramente nella frase precedente: *quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit*. Se come afferma la comune opinione, non sarebbe stata mai possibile la rivendicazione delle cose ereditarie alienate ad un terzo, ove questi avesse avuto il regresso verso l'erede apparente, poteva ULPIANO fare così naturalmente e generalmente l'ipotesi di questo regresso?

Il meno che si possa concedere anche dai sostenitori della comune opinione, è che questa poggia su basi tutt'altro che solide.

garanzia che taluno presta per lui o l'alienazione non gli sia permessa dal giudice dove lo richieda la necessità o il vantaggio dell'eredità⁸⁶⁾. Siccome mediante quella cauzione l'erede viene assicurato in ogni caso di alienazione pel valore dell'intera eredità, si può così spiegare quello che GIAVOLENO⁸⁷⁾ dice: *In aestimationibus hereditatis ita venit pretium venditae hereditatis, ut id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea negotiationis causa veniit. Sin autem ex fideicommissi causa, nihil amplius, quam quod bona fide accedit.* Io son qui pienamente persuaso insieme ad ANTONIO FABRO⁸⁸⁾ (da WESTPHAL⁸⁹⁾ biasimato, come mi sembra, senza alcun fondamento) che in questo passo si tratta delle volontarie alienazioni di cose ereditarie, fatte dal *b. f. possessor* dopo che è sorto il processo. Infatti relativamente a ciò che egli alienò prima del processo non rifonde mai più di quello che ha ricevuto, e tale è pure il caso quando il testatore stesso lo ha pregato di restituire l'eredità, quale fedecompresso, contro il ricevimento di un determinato ammontare. Se all'opposto aliena volontariamente durante il processo, come lo JENSIUS⁹⁰⁾ intende la frase *negotiationis causa*, risponde in seguito alla cauzione per il vero valore, sebbene avesse speso meno. Non è quindi necessario supporre qui con WESTPHAL una particolare opinione di GIAVOLENO¹⁾.

⁸⁶⁾ L. 5 pr. D. h. t. *Divus PIUS rescripsit, prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum eius restitutione satisfacere. Causa enim cognita, et si non talis data sit satisfactio, sed soluta cautio etiam post litem coeptam, deminutionem se concessurum, Praetor edixit: ne in totum deminutio impedita in aliquo etiam utilitates aliquas impediat: utputa si ad funus sit aliquid necessarium. (Nam funeris gratia deminutionem permittit). Item si futurum est, ut, nisi pecunia intra diem solvatur, pignus distrahatur. Sed et propter familiae cibaria necessaria erit deminutio. Sed et res tempore perituras permittere debet Praetor distrahere.*

⁸⁷⁾ L. 48 D. h. t.

⁸⁸⁾ *Rational.* ad L. 48 D. cit.

⁸⁹⁾ Nel cit. *Comm.* § 421.

⁹⁰⁾ *Strictur. ad Rom. iur. Pandet.* pag. 38.

¹⁾ Sulla L. 5, pr. D. h. t., cui si appoggia anche il GLÜCK, cf. FRANCKE, *Exeg.* I, pag. 18 seg. La interpretazione che ne dà il GLÜCK è tutt'altro che sicura poichè in quella L. non si parla di un divieto che incomincia dalla presentazione della domanda

Se il possessore di una cosa dell'eredità l'abbia di nuovo riavuta, dopo averla venduta (per esempio, la ricomprò in seguito a più buon prezzo)⁹¹⁾ sorge la questione se l'attore abbia la scelta di richiedere la cosa stessa o il valore. Riguardo ad un *malae fidei possessor* non vi è dubbio e che l'attore abbia la scelta di ripetere la cosa stessa o il suo intero valore e che quando reclama la cosa possa pretendere il guadagno che il convenuto ha fatto nella vendita e nella successiva ricompera. Ma se il convenuto è un *b. f. possessor* egli ha la scelta o di restituire la cosa o il valore ricevuto. Tuttavia siccome il *b. f. possessor* non deve trattenere alcun guadagno fatto nella vendita delle cose, quando si decide per la prima ipotesi deve restituire anche l'eccedenza del valore ricevuto⁹²⁾ ^{h)}). Pertanto se e in che misura il *b. f. possessor* si sia arricchito appare certamente dalle circostanze al momento in cui fu promossa l'azione. Pur siccome il *b. f. possessor* non risponde di alcun caso fortuito, spiegasi con ciò perchè

⁹¹⁾ La L. 22 D. h. t. dice: *Si et rem et pretium habeat b. f. possess. puta quod eandem rem emerit*. I Basilici tom. V pag. 551 leggono qui meglio ἀνταγοράται, cioè *redemerit* invece di *rem emerit*, e Jo. LEUNCLAVIUS *Notator*. lib. II (in Ev. ORTONIS, *Thes. iur. rom.* tom. III pag. 1508) osserva che questa lezione ricorre anche in alcuni manoscritti delle Pandette.

⁹²⁾ L. 22, D. h. t. *Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est*. Vedi NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 183 seg. — HUBER, *Eunom. Rom.* pag. 277 seg. — e HOFACKER, *Princip. iur. cir.* tom. II § 1678.

giudiziale, invece di una *prohibitio* fatta al possessore della eredità *de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur*. Molto verosimilmente si allude ad un'ingiunzione fatta dal pretore già prima che per l'ordine di trattazione delle cause portato dal *rerum actus* si potesse iniziare la *controversia hereditatis*. Di qui la necessità di esaminare taluni fr. ed istituti giuridici romani (fors'anco gli stessi *interdicta*) partendo da un esatto concetto dei periodi utili dell'anno giuridico romano (*rerum actus*). Rimando all'opera di HARTMANN-UBBELOHDE, *Der Ord. Judiciorum* ecc. I (Göttingen 1886) pag. 181 seg. e alla mia monografia nell'*Enciclop. giurid. ital.* s. v. *annus* cap. III.

Del resto nel nostro diritto non v'è dubbio che l'erede apparente di buona fede debba astenersi da ogni alienazione dopo la domanda giudiziale. Resta soggetto possibile di controversia se in base al modo di esprimersi dell'art. 933, quest'obbligo di non alienare incombe all'erede apparente di buona fede iniziale, che non sia più tale al momento in cui vorrebbe alienare. Vedi sopra pag. 770 in nota.

^{h)} Cf. quanto dicemmo sopra pag. 776 in n. e specialmente TARTUPARI, op. cit. II, n. 491. Pel diritto romano è anche qui bellissima la esegesi della L. 22, D. h. t. in FRANCKE, *Exeg.* II, pag. 258 seg.

le leggi dicono che riguardo all'arricchimento di lui debbasi prendere per criterio il momento della condanna ⁹³).

2) Se invece il convenuto sia un *malae fidei possessor* si ha riguardo se l'alienazione fu necessaria od utile per l'eredità. Per esempio, ha venduto cose inutili, le quali sono soltanto di aggravio per la massa ereditaria o che, indugiando, si sarebbero guastate, ovvero la loro alienazione era necessaria per impiegarne il ricavato a pagare urgenti debiti ereditari. In questo caso non si può reclamare dal possessore altro che il vero o il maggior valore ricevuto, quando pure la cosa esistesse tuttora presso il compratore. Qualora peraltro l'alienazione fosse avvenuta senza alcun motivo, o la cosa esiste ancora, e cioè a dire non danneggiata, presso il compratore o no. Nel primo caso l'attore ha la scelta o di reclamare la cosa coi frutti o il valore con gl'interessi. Ove il convenuto non possa procurare in natura la cosa alienata non v'è bisogno che l'attore si appaghi del valore che ne ricevette il convenuto, ma può determinarne il valore mediante giuramento. Nella seconda ipotesi, invece, quando la cosa alienata venne a perire presso il compratore, si potrebbe forse pensare che l'azione venga ora meno, quando nello stesso modo sarebbe perita presso di lui, giacchè colui, il quale *dolo* cessò di possedere deve esser condannato così come se tuttora possedesse. Ora se egli non avesse alienato, il caso fortuito lo avrebbe liberato dalla restituzione della cosa e del suo valore. Ma allora il *malae fidei possessor* vi farebbe guadagno. L'attore può quindi pretendere almeno il vero valore, perchè quando egli avesse avuto la cosa, avrebbe potuto venderla. Se questa fosse stata venduta per un prezzo superiore al suo vero valore, il *malae fidei possessor* deve consegnare all'attore anche questo guadagno. In tale guisa, io credo, si possono concordare fra loro i passi delle Pandette che parlano di ciò, i quali suonano così:

L. 20, § 2 D. h. t. *Simili modo etsi fundum hereditarium distraxit, si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitionem venire. Quodsi aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire, quam pretium.*

⁹³) L. 40 pr. D. h. t.; L. 36 § 4 D. eodem. — Vedi POTHIER, *Pand. Justin.* tom. I h. t. n. XLIII nota 6 e WESTPHAL, *Comm.* §§ 449 e 450.

L. 53, D. *eodem*. *Non solum ad aes alienum hereditarium exsolvendum necessaria alienatio possessori est, sed et si impensae necessariae in rem hereditariam factae sunt a possessore, vel si mora periturae deterioresse futurae erant.*

L. 20, § 12 D. *eod*. *Haec adversus bonae fidei possessores. Nam ita Senatus locutus est: eos, qui se heredes existimassent. Caeterum si quis sciens ad se hereditatem non pertinere, distraxit; sine dubio non pretia rerum, sed et ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus eorum. Sed imperator SEVERUS epistola ad CELEREM idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus. Atquin Senatus de his est locutus, qui se heredes existimant. Nisi forte ad eas res referamus, quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem, quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructum, an pretii et usurarum post motam controversiam.* La *Epistola SEVERI ad CELEREM*, di cui qui *ULPIANO* fa ricordo, è il rescritto di questo imperatore, il quale trovasi nella L. 1 C. *de his, quibus ut indignis* [6, 35]. Tratta propriamente di un vero erede, il quale tuttavia si è reso indegno dell'eredità poichè trascurò di vendicare la violenta morte del relinquente. Questi dalla L. 1 è dichiarato *possessor malae fidei* anche prima che sia promossa l'azione fiscale *quia debitum officium pietatis sciens omisit*. Se egli ha alienato cose ereditarie, deve rifonderne il valore con gli interessi. *ULPIANO* cerca qui di congiungere questa costituzione col senatoconsulto, della cui spiegazione si occupa. Il senatoconsulto parla di *bonae fidei possessores*; e anche questi debbono restituire il valore delle cose alienate prima dello iniziamento del processo, quando sieno condannati. Diversamente doveva esser la cosa pei *possessores malae fidei*. Senza dubbio il *possessor malae fidei* non doveva restituire il valore della cosa, ma la cosa stessa coi frutti. *ULPIANO* batte quindi una duplice via per collegare le due leggi, cioè il *Scutum* col rescritto dell'imperatore SEVERO. O il rescritto devesi intendere soltanto per quei casi, nei quali l'alienazione fu necessaria od utile per l'eredità, ovvero devesi spiegare ⁹¹⁾ nel senso che accorda all'attore la scelta o

⁹¹⁾ L'intero nesso insegna che invece di *ut sit in arbitrio* devesi leggere *aut sit in arbitrio* come sostiene WESTPHAL nel citato *Comm.* § 422 pag. 627, ov-

di pretendere la cosa coi frutti o il valore con gl'interessi, quando trova preferibile questa seconda ipotesi. AMAYA ⁹⁵⁾ crede nondimeno che vi sia anche un altro modo di combinazione se si suppone che il rescritto di SEVERO abbia deciso, nel caso di cui parla, per una particolare mitezza a favore dell'erede contro il fisco, come ciò avveniva frequentemente agli imperatori romani ragionevoli. Ma mi sembra che dalle parole *usuras autem semisses dependere, satis est* non si possa ancora concludere che SEVERO abbia voluto favorire l'erede.

L. 20 § 21 D. h. t. *Restituere autem pretia debet possessor, etsi deperditae sint res, vel deminutae. Sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si quidem res apud emptorem extant nec deperditae, nec deminutae sint, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor: aut si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum, quantum in litem esset iuratum. At ubi perditae sunt, et deminutae, verum pretium debet praestari: quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei non perderet.*

L. 33 § 1 D. eod. IULIANUS scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestaturum. Imputaretur enim ei, si non distraxisset. Quod si necessarium hereditati: siquidem vivit: ipsum praestandum. Si decesserit; fortassis nec pretium ⁹⁶⁾. Sed non passurum iudicem, qui cognoscit pretium lucrari, scribit. Et verius est.

L. 36 § 3 D. eod. Si praedo dolo desiisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura etsi eadem causa possessionis mansisset, quantum ad verba Senatusconsulti melior est causa praedonis quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desiierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adiectum esset, si res interierit. Sed non est dubium, quia non debeat melioris esse conditionis, quam bonae fidei possessor. Itaque et si pluris venierit res, electio debet esse actoris, ut pretium consequatur. Alioquin lucretur aliquid praedo ⁹⁷⁾.

vero dovesi inserire la particella *vel* con POTHIER in *Pandect. Justin. h. t. n. XXXIV nota d.*

⁹⁵⁾ *Observ. iuris lib. III cap. 2 n. 74 seg.*

⁹⁶⁾ Quando, cioè, il caso fortuito è tale che la cosa sarebbe perita presso l'attore stesso.

⁹⁷⁾ Vedi sopra questo passo WESTPHAL, cit. *Omm. § 429.*

In base a questi passi mi sembra pertanto essere del tutto irrilevante la distinzione che parecchi giureconsulti⁹⁸⁾ vogliono fare anche pel *possessor malae fidei se*, cioè, l'alienazione sia avvenuta prima o dopo la contestazione della lite 7).

§ 570.

II) *Relativamente alla restituzione dei frutti e degli interessi.*

Dirigendosi la petizione di eredità anche alle accessioni di questa, deve trattare inoltre la questione in che misura il possessore debba restituire i frutti all'attore. Anche qui è molto importante la distinzione fra il *bonae* e il *malae fidei possessor*.

Per quanto riguarda

⁹⁸⁾ VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 18. — HOFACKER, *Princ. iur. civ.* tom. II § 1678. — MALBLANK, *Dig.* h. t. § 378 n. III.

1) Vedi per i passi citati dal GLÜCK la esegesi del FRANCKE, *Exeg.* alle cit. leggi. Per quanto ULPIANO si esprima talora con qualche incertezza sulla questione se il *praedo* risponda soltanto come *factus possessor* o possa venir convenuto anche per il prezzo di vendita, infine giunge agli stessi risultati di PAOLO, che cioè l'attore ha la scelta. FRANCKE, op. cit. pag. 353. Quanto al diritto odierno vedi SERESIA, op. cit. n. 174 seg.; LAURENT, IX, n. 520, 534, 536; TARTUFARI, op. cit. II, n. 476. Si può dire accolta la dottrina romana, salvochè si ammette che l'erede apparente di mala fede risponda anche per ciò che dell'eredità lasciò prescrivere od usucapire. Ciò principalmente per l'autorità di POTHIER, op. cit. n. 437. Del resto ciò non ripugna allo spirito della dottrina romana (Cf. FRANCKE, *Exeg.* II, pag. 276). Ma la petizione d'eredità come azione reale ha certi naturali confini che non possono essere oltrepassati e secondo il rigore dei principi e il linguaggio delle fonti trovo giusta l'osservazione del WINDSCHEID, § 612, nota 12, che il convenuto anche di mala fede sia responsabile per la sua negligenza prima dell'inizio della lite, sol quando, malgrado la perdita del possesso, continua a possedere l'eredità, non quando abbia perduto tuttociò che possedeva. Tuttavia anche l'opinione contraria, oltre l'appoggio del GLÜCK, VIII, pagine 208, 209 (Ediz. ital. libro VI, pag. 179), ha pur quello del SAVIGNY, *System* VI, pag. 167. E siccome già di fronte al diritto romano e comune non è escluso che per un danno risentito dall'erede vero a causa di una negligenza dell'erede apparente di mala fede prima della *motio controversiae*, il primo potesse avere qualche azione, non sembra strano che si possa estendere oggi la petizione di eredità anche a quella pretesa che sopra ricordavamo. Infine qui si potrebbe applicare l'art. 1151 cod. civ. secondo la dottrina insegnata dallo ZACHARIAE L. c. per l'art. 1382 corrisp. del cod. francese. Cf. BRINZ, § 400, nota 43, che giustamente accenna a colpa aquiliana.

I) il *bonae fidei possessor* è fuor di dubbio,

1) riguardo ai frutti percepiti prima dello iniziamento del processo, che deve restituire quelli tuttora esistenti al momento in cui è promossa l'azione ⁹⁹⁾. Questi infatti debbonsi considerare parte dell'eredità ¹⁰⁰⁾; non v'è bisogno quindi di farne oggetto di particolare domanda, ma son compresi nella pretesa dell'eredità ¹⁾. Se invece i frutti furono consumati prima del processo, egli non è obbligato a restituirli fuorchè in proporzione di quanto per ciò si è anche presentemente arricchito ²⁾. È vero che alcuni giureconsulti ³⁾ vogliono incondizionatamente esimere il *b. f. possessor* dall'obbligo della restituzione dei frutti consumati prima del processo e per questa opinione sembra parlare anche un passo delle Istituzioni dell'imp. GIUSTINIANO ⁴⁾ dove dicesi: *Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit; si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumtorum neque non perceptorum.* Ma da altri ⁵⁾ fu già ricordato che i compilatori delle istituzioni per amore di brevità non sempre si sono espressi abbastanza esattamente e precisamente. Infatti che il possessore debba consegnare ogni lucro che ha tratto dalla eredità, non solo è detto espressamente nelle leggi ⁶⁾, ma è pur conforme alla natura dell'eredità, nella quale come *universitas iuris*, il valore subentra al luogo della cosa ⁷⁾. Nondimeno un'eccezione si verifica per colui, il quale comprò l'ere-

⁹⁹⁾ Vedi Fr. de AMAYA, *Observ. iur.* lib. III cap. 2 n. 47 seg.

¹⁰⁰⁾ L. 40 § 1 D. h. t.; L. 20 § 3 D. eodem.

¹⁾ L. 2 Cod. eodem dove dicesi: *Fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo peti potest.*

²⁾ L. 1 § 1 Cod. h. t. *Ante litem contestationem fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores exluerint.*

³⁾ Si veda. per esempio, Jo. Jac. de HOEFLER, *Diss. de immunitate b. f. possessoris a restitutione fructuum* (Helmstadii 1761) § 13.

⁴⁾ § 2 I. *de officio iudicis* [4, 17].

⁵⁾ Si veda qui specialmente Ad. Frid. TRENDELENBURG, *Selecta quaedam capita doctrinae de iure possessionis circa fructuum perceptionem* (Chilonii 1775) cap. III § 5.

⁶⁾ L. 20 § 6; L. 25 § 11; L. 28 D. eodem.

⁷⁾ L. 22 D. h. t. — AMAYA, l. c. n. 49.

dità in buona fede già prima che sorgesse il processo. Sopra (p. 521 n. 1) fu già dimostrato come contro di lui fosse promovibile la *hereditatis petitio utilis* con certe restrizioni. Quest'*actio utilis* distinguesi dall'*actio directa* in ciò che riguardo ai frutti percepiti prima della domanda giudiziale assume il carattere di un *iudicium singulare*. Il compratore lucra quindi incondizionatamente, come nella rivendicazione, i frutti da lui consumati sino all'impegno nella lite ⁸⁾).

2) Dal momento in cui è promossa l'azione, anche il possessore di buona fede deve invece restituire tutti i frutti, così i percepiti come i trascurati ed anche i consumati pei quali non si è arricchito, ma non già quelli periti per mero caso fortuito. Ciò riposa su chiare disposizioni legislative ⁹⁾, le quali hanno il loro fondamento nel principio giuridico spiegato sopra, che il possessore di buona fede dal momento in cui è iniziato il processo viene equiparato per il dolo e per la colpa ad un possessore di mala fede. Tuttavia apparirà tosto in seguito qualche altra differenza. Per quanto ora

II) riguarda il *malae fidei possessor*, egli deve restituire all'erede tutti quanti i frutti sino dal principio del suo possesso ¹⁰⁾ e cioè non solo quelli da lui realmente percepiti, vuoi che esistano, vuoi che siano consumati o periti (*fructus deperditi* ¹¹⁾), sivvero anche quelli che non ha percepiti ¹²⁾, ma l'erede avrebbe potuto percepire se non gli fosse stata trattenuta l'eredità ¹³⁾, e, cioè, sino al momento della sentenza valida, ove anche le cose stesse, di cui debbonsi rifondere i frutti, fossero perite durante il possesso di lui ¹⁴⁾ m).

⁸⁾ L. 2 Cod. h. t. *Emptor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum iure convenitur*. Si veda intorno a questo passo VOET in *Comm. ad Pand. h. t. § 11* e WESTPHAL, *Comm. § 442*.

⁹⁾ L. 1 § 1 Cod. h. t.; L. 2 Cod. *de fruct. et lit. expens.* [7, 51] § 2 I. *de officio iudicis* [4, 17]. Nell'ultimo passo dicesi egregiamente: *Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt*.

¹⁰⁾ L. 40 § 1 D. h. t. *Praedo fructus suos non facit sed auget hereditatem*.

¹¹⁾ L. 21 D. h. t. Vedi WESTPHAL, *Comm. § 485*.

¹²⁾ L. 25 § 4 D. h. t.: § 2 I. *de officio iudicis* [4, 17].

¹³⁾ L. 62 § 1 D. *de rei vind.* [6, 1]; L. 4 Cod. *unde vi* [8, 4]. — HASSE, *Diss. de litis contestat. an et qual. b. f. possessor per eam in m. f. constitutatur § 7*. — OVERBECK, *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* vol. 2 med. 69.

¹⁴⁾ L. 33 D. *de rei vind.* [6, 1].

m) Cf. FRANCKE, *Exeg.* I, pag. 215, II, pagine 313-18, II, pag. 282-286. WINDSCHEID,

Sorge inoltre la domanda in che proporzione nella petizione d'eredità debbansi prestare gli interessi. Qui deve osservare quanto segue:

Zeitschr. für Civilr. und Proz., N. F. IV, pagine 75-78. Vedi anche sopra pag. 788 nota I. SERESIA, op. cit. n. 160 seg. TARTUFARI, op. cit. II, n. 438 seg.

Io pure credo che non si debba dare un soverchio peso al § 2 I. *de offic. iudic.* 4 17, in guisa che abbia la possibilità di rovesciare tutta una dottrina pienamente conforme alla natura della *petitio hereditatis*. Tuttavia a quel par. si è appoggiato anche il SAVIGNY, *System* III, pagine 397-98, per sostenere che il possessore di buona fede non solo non risenta quei danni che colpiscono il possessore di mala fede, ma provi anche un vantaggio perchè può trattenerne come arricchimento i frutti consumati o venduti. L'altra fonte che il SAVIGNY cita è il § 35 I. *de rer. divis.* 2, 1. Ma qui si tratta di un possessore di buona fede convenuto nel giudizio di rivendicazione e noi sappiamo già che i principi di questa non si adattano totalmente a quella *vindicatio universitatis* che è appunto l'eredità.

La dottrina del SAVIGNY non poteva quindi essere accolta poichè contraria affatto alle fonti. Cf. oltre la Legge 1, § 1, C *de her. pet.* citata anche dal GLÜCK in nota 2, la esplicita L. 40, § 1, D. h. t. che il nostro autore cita in nota 10 riguardo al *praedo*. Ivi dicesi: *praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem... In bonae fidei autem possessore hi tantum veniunt in restitutione, quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est.*

Sebbene fuori delle collezioni giustiniane, v'è un altro passo che potrebbe apparentemente dar ragione al SAVIGNY. La L. 1, Cod. gregor. *de her. petit.* 3, 1 dispone: *Fructus ante litem contestatam perceptos malae fidei possessorem restituere placuit*. Ma certo a questo passo non è permesso di dare un grande valore, perchè infatti si può esprimere come regola che il possessore di mala fede deve restituire i frutti percepiti *ante litem contestatam* senza che per ciò resti escluso che il possessore di buona fede sia responsabile entro i limiti della sua locupletazione. Si può anche credere col RUGGERI, *Il possesso e gl'istituti di diritto prossimi ad esso* I, pag. 548, nota 1, che ivi si parli di possessore di mala fede nella *hereditatis petitio* non allo scopo di antitesi col possessore di buona fede nella stessa *hereditatis petitio*, ma bensì col possessore di mala fede nella *rei vindicatio*, cioè riguardo ad una differenza procedurale che noi pure possiamo qui opportunamente ricordare col RUGGERI stesso. Ciò gioverà a notare altre differenze tra la *petitio hereditatis* e la *rei vindicatio* del diritto classico. Il possessore anche di mala fede d'una cosa singola per i frutti percepiti prima della contestazione della lite non poteva esser tenuto con la *rei vindicatio* della cosa principale e dovevasi ricorrere ad una distinta *rei vindicatio* dei frutti (impossibile contro i possessori di buona fede). Solo in tempi più recenti fu ammesso che la restituzione dei frutti avvenisse *officio iudicis* nella stessa rivendicazione. Cfr. CZYHLARZ, *Contin. del Glück, Serie dei libri* 41-42 I pag. 562 (Ediz. ital. libro XLI pag. 478). E perciò poté esser fatto nel § 2, I. *de offic. iud.* un parallelismo tra la *petitio hereditatis* e la *petitio singularum rerum*. Ma dell'antico diritto, che cioè la domanda dei frutti non era implicita nella speciale azione *in rem*, resta una bella testimonianza di STEFANO *Bas.* 15, 1, 45 sch. 117 (HEIMB. II, *Suppl.* pag. 25). Invece sino *ab antico* la petizione d'eredità, come *universitas*, si prestò alla implicita domanda dei frutti. Per il possessore di buona fede il primo indizio positivo sembra essere la L. 22 C. *de rei vind.* 3,32 e quanto ai *fructus extantes* il sct. giovenziano. CZYHLARZ, l. c. pag. 563-64. (Ediz. ital. pag. 479). Anche nel nostro diritto il RICCI IV, n. 18 ravvisa l'obbligo della restituzione dei frutti nella petizione d'eredità come fondamento di un'altra azione distinta da questa, cioè personale! Ma per i motivi già esposti, io non credo vera tale dottrina.

1) Gli interessi che il possessore ha percepito dalla eredità, deve sempre prestarli, sia *bonae* o *malae fidei possessor*, in quanto egli è obbligato a rifondere i frutti ¹⁵⁾. *Nam usurae perceptae vicem fructuum obtinent* ¹⁶⁾.

2) Gli interessi di somme di danaro che furono sborsate per la vendita di cose ereditarie, debbono

a) esser prestati dal possessore di buona fede solo dal momento in cui l'azione fu promossa contro di lui ¹⁷⁾ ed è poi indifferente se egli ha realmente riscosso quel danaro o l'avrebbe potuto riscuotere ¹⁸⁾. Ma se egli ha percepito interessi prima dello inizia-

¹⁵⁾ L. 1 § 1 Cod. *de petit. heredit.* [3, 31]; L. 1 Cod. *de his quib. ut indignis* [6, 55].

¹⁶⁾ L. 34 pr. D. *de usur.* [22, 1].

¹⁷⁾ L. 20 § 11 D. h. t.

¹⁸⁾ L. 20 § 15 D. *ead.* Nondimeno egli può anche cedere all'attore l'azione contro il compratore. L. 20 § 17 D. h. t.

È conservata nel diritto italiano la massima *fructus augent hereditatem*? Negativamente pel diritto francese, affine al nostro, risponde SERESIA, op. cit. n. 162. Si crede dai più conservata nelle divisioni ereditarie, non già nella petizione d'eredità. Ammettono più temperatamente una deroga parziale ad essa nel nostro argomento AUBRY et RAU, §§ 616, 624, LAURENT, IX, 544, PACIFICI-MAZZONI, *Success.* V, 128. Anche qui TARTUFARI, op. cit. II, n. 439, sostiene la completa validità della massima romana secondo il suo originario valore, tranne la limitazione che riguarda i frutti dal possessore di buona fede fatti propri. Qui non si possono più applicare le cit. L. 40, § 1, D. h. t. e L. 1, § 1, C. h. t. Invece nella nostra antica giurisprudenza erasi conservato il principio romano che il possessore di buona fede risponde dei frutti percetti *ante litem contestatam*. Vedi FABER, *Codex definit.* III, 21, def. 8; S. Rot. Rom. *Dec. rec. a P. RUBEO select.* VII, D. 3, n. 38-42; Trib. Siena 22 marzo 1844 (*Ann. giur. tosc.* VI, 2, 1476). È certo invece per gli articoli 703 e 933 cod. civ. che sino alla domanda giudiziale il possessore di buona fede (cioè iniziale) fa suoi i frutti senza riguardo alla occupazione tuttora esistente. Su ciò non vi è dubbio nella giurisprudenza nostra. Cf. App. Bologna 30 luglio 1878 (BETTINI 1878 pag. 753); Cass. Roma, 11 febbraio 1890 (*Ann. Giur.* XXIV (1890) 1, pag. 345). Naturalmente per i casi da decidere col diritto precedente al codice dovrebbero applicarsi qui pure i principi del gius romano e comune. Cfr. Cass. Firenze 15 giugno 1875 (BETTINI, XXVIII, 1 pag. 70). Dopo la domanda giudiziale è logico e intuitivo che debbano cessare gli effetti del possesso e della buona fede e che senza pure ammettere una completa assimilazione del convenuto già di buona fede a quello che non lo fu mai (Cf. LAURENT, IX, 541) è giusto che anche il primo debba essere scosso nella persuasione avuta sino a qui e si astenga dal godere i frutti di cose che possono essergli legittimamente tolte.

Riguardo al possessore di mala fede sono pienamente applicabili i rigorosi principi del diritto romano.

mento del processo, li rifonde solo in quanto presentemente arricchito¹⁹⁾. Quando inve-

b) il possessore di mala fede o è sorto il processo abbiano venduto cose e la cosa stessa coi frutti²⁰⁾. Ma il prezzo può esser reclamato solo quando la vendita è od utile per la eredità²¹⁾.

3) Gli'interessi di frutti i quali

a) furono venduti prima dello iniziare a esser pagati incondizionatamente dal possessore di buona fede deve rifonderli se è arricchito²¹⁾. Infatti questi frutti i quali che fosse promossa l'azione, aumentano le parti di questa, non come accessioni, ne

b) Dei frutti invece che furono per il processo dice PAPINIANO²⁵⁾ che non debbono. Questi infatti non entrano nella petizione restitutoria, poichè già al momento che essa è sorta; come semplice aumento vengono al giudice. Nè si può verificare nuovo aumento.

4) Interessi di danaro contante, che quello non sia dato a mutuo, non vengono restituiti dallo stesso *possessor malae fidei*²⁷⁾, dovendo essere

¹⁹⁾ L. 1 § 1 Cod. de petit. hered. [3, 31].

²⁰⁾ L. 20 §§ 2 e 12 D. h. t.

²¹⁾ L. 20 §§ 12 e 16 D. h. t.; L. 1 D. de iudic. Hern. Ferd. BOLEY, *Betrachtungen über versch.* pag. 54 seg.

²²⁾ L. 51 § 1 D. h. t.; L. 18 D. de his qui NOODT, *De foenore et usuris* lib. II cap. 12. ... § 15.

²³⁾ L. 40 § 1 D. h. t.; L. 1 § 1 C. h. t.

²⁴⁾ L. 20 § 3; L. 40 § 1 D. h. t.; L. 2 Cod.

²⁵⁾ L. 51 § 1 D. h. t.

²⁶⁾ Vedi de COCCEJI, *Ius civ. contro. h. t.* § 483 e BOLEY, cit. *Betrachtungen* pag. 58 seg.

²⁷⁾ L. 20 § 14 D. h. t. PAPINIANUS autem *hereditatis pecuniam inventam in hereditate non*

quando vada perduto. Non si poteva pretendere che desse via, a proprio rischio, il danaro²³⁾. Se invece il possessore ha prestato ad interesse il danaro della eredità, l'erede non può pretendere gl'interessi altro che quando egli assuma anche il rischio del capitale, non potendosi disgiungere il pagamento degli interessi dall'assunzione di quel rischio²⁴⁾. Spetta quindi all'attore la scelta contro il possessore di mala fede o di assumere gl'interessi col rischio del capitale o soltanto questo senza quelli. È libero invece il *possessor bonae fidei* o di consegnare all'erede ciò che ha riscosso in capitale e interessi in quanto con ciò si è arricchito, o di cedergli i propri diritti verso il debitore, ma a rischio dell'attore³⁰⁾ »).

conveniendum. Questo passo parla del tutto in generale e può quindi essere inteso soltanto per un possessore in buona fede. Si veda FABER in *Rational. ad h. l.* — VOET, h. t. § 15. — HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 14. — DE COCCEJ, *Ius civ. contror.* h. t. qu. 15 e ad esso EMMINGHAUS, note a e b. — WESTPHAL, cit. *Comm.* § 493.

²³⁾ L. 26 pr. D. *de rei vind.* [6, 1].

²⁴⁾ L. 67 § 1 D. *pro socio* [17, 2]; L. 10 § 8 D. *mandati* [17, 1]. — BOLEY, cit. *Betrachtungen* pag. 62.

³⁰⁾ L. 30 D. h. t. JULIANUS *scribit actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atquin secun lum hoc non observabimus, quod Senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit: quid enim, si pecuniam eliyat actor, quae servari non potest? Dicendum itaque est in bonae fidei possessore, haec tantummodo eum praestare debere: id est vel sortem et usuras eius, si eas percepit; vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris*. Vedi VOET, h. t. § 15 in fine o WESTPHAL, *Comm.* § 476.

n) Cf. specialmente FRANCKE, *Exeg.* II, pag. 227 seg., pag. 318 seg. È necessario che qui pure facciam cenno riguardo al possessore di buona fede di una dottrina del SAVIGNY strettamente legata a quella che abbiamo respinta nella nota precedente. Egli (*System* VI, pag. 150, nota b) accoglie la massima che il possessore di buona fede non risponde in alcun modo degli interessi percepiti avanti la contestazione della lite. Ciò è contrario alla massima del Sc. giovenzano: L. 28, D. h. t. (*omne lucrum auferendum... tam bonae fidei possessori quam praedoni*). Cf. L. 30, D. h. t. e specialmente la L. 1. C. *de pet. her.* ove dicesi: *usuras vero pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditiarum rerum ab eo factae, qui antea possidebat, collectas, nec non etiam fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterint*. Non potrebbe esser più chiara la naturale equiparazione delle *usurae* si *fructus* e la identità dei principi da applicare. A ragione poi il GLÜCK non restringe la responsabilità derivante dalla cit. L. 1 alle usure processuali perchè questa restrittiva interpretazione, accolta anche dal SAVIGNY, è contraria alle parole del testo (*usuras... pecuniarum... collectas*). Cf. FRANCKE, *Exeg.* II, pag. 230, nota 20.

§ 571.

Contropretese del convenuto.

Il convenuto può avere anche delle contropretese sulla eredità. In che proporzione debbon queste esser soddisfatte? Si osservi

1) che il possessore può fare il defalco di tutto ciò che era in diritto di pretendere sulla eredità, prima del ricevimento di questa. In quanto tuttavia al possessore non spettava alcun diritto di agire per la sua pretesa, compete ora un diritto di defalco, se egli è di buona fede, non già se è un *malae fidei possessor*, affinchè questo non tragga alcun vantaggio dal suo dolo³¹).

2) Tutto ciò che il possessore ha speso per la persona del relin-

31) L. 13 § 1 D. h. t.

Quanto al possessore di mala fede, la L. 20, § 12, D. h. t., su cui poco chiaramente il GLÜCK si esprime, deve essere intesa nel senso che sebbene egli risponda di tutti i frutti, non è tenuto per le usure del prezzo di vendita o per danari in altro modo riscossi, se non *post motam litem*. Cf. L. 1, C. *de his quib. ut ind.* 6, 35 e FRANCKE *Exeg.*, II, pagine 231-32.

Riguardo all'opinione accolta dal GLÜCK che l'attore ha la scelta di pretendere dal possessore di mala fede le usure col rischio del capitale o soltanto il capitale senza il rischio e le usure, il FRANCKE, *Exeg.* II, pag. 321, non la ritiene intieramente fondata ed eleva dei dubbi che appoggia ai generali principi sulla responsabilità del possessore di mala fede. Inoltre per la qualità di *actio bonae fidei* inerente alla petizione d'eredità, crede il FRANCKE che il *malae fidei possessor* il quale scientemente tocca somme ereditarie debba immediatamente rispondere per gl'interessi. Cf. FRANCKE, pag. 233.

Mentre per noi non v'è dubbio che il possessore di buona fede non risponde degl'interessi delle somme ereditarie (trovate nell'eredità o ricavate dalla vendita di cose ereditarie. LAURENT, IX, 548) che dal giorno della domanda giudiziale, dubbi sorgono riguardo alla portata della responsabilità del possessore di mala fede. HUREAUX, *Success.* num. 175, non crede che si possa estendere agl'interessi o frutti civili la regola che il possessore di mala fede risponde anche dei frutti che poteva percepire. Argomenta pure dagli articoli 1153 e 1378 cod. Napoleon., dove però trattasi di interessi moratori dovuti per un capitale che il debitore è in ritardo a sborsare. Contro vedi SERESIA, op. cit., nota 166, che ravvisa piuttosto nel caso nostro un obbligo di rifusione di danni e interessi per i frutti civili che l'erede apparente di mala fede ha lasciato perire per dolo e colpa. Nello stesso modo ragiona il TARTUFARI, op. cit., II, num. 444. Anzi egli dell'art. 1147 cod. civ. (corrispondente all'art. 1378 cod. Napoleon.) si serve per analogia, poichè chi ha ricevuto un pagamento indebitamente e in mala fede, deve sulla somma gl'interessi che si potevano ragionevolmente percepire.

quente, cioè a dire per la sua malattia e sepoltura, può defalcarlo senza distinzione³²⁾. Del pari

3) ciò che il possessore ha sborsato pel pagamento di debiti. Con ciò il vero erede non viene ancora liberato *ipso iure* dalla sua obbligazione, quando il possessore paga per sè medesimo dei debiti del defunto; ma quando fosse convenuto dai creditori, si può difendere contro questi per mezzo della *exceptio doli*. Inoltre può pretendere dal *m. f. possessor* una cauzione per la rappresentanza. A tale cauzione non è obbligato pertanto il *b. f. possessor*, ma questi deve cedere almeno all'erede, quando lo reclama, la *conditio indebiti* a lui spettante perchè egli ha pagato per errore ed ormai a lui l'azione non giova più avendo defalcato rimpetto all'erede ciò che ha pagato³³⁾. Lo stesso ha luogo

4) riguardo ai legati di cui fu fatto il pagamento³⁴⁾.

5) Se furono fatte delle spese per l'eredità stessa, si ha riguardo

a) se furono fatte pei frutti. Queste vengono restituite ad ogni possessore, quando furon fatte per quei frutti che egli deve restituire all'erede o in natura o nel loro valore. Infatti la regola *fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis* si verifica come PAOLO³⁵⁾ dice anche nei *praedones*. Se egli avesse speso inutilmente qualche cosa pei frutti, dai quali, senza colpa, niente è derivato, può reclamare tali spese, soltanto quando era in *bona fides*³⁶⁾.

b) Se invece delle spese furon fatte per la sostanza delle cose ereditarie,

1) il *b. f. possessor* ottiene indennizzo assolutamente per tutte le spese, anche per quelle di cui più non sussiste indizio, sieno necessarie, utili o fatte per mero ornamento³⁷⁾.

2) Il *m. f. possessor* invece può pretendere indennizzo per tutte

³²⁾ L. 3 Cod. h. t.

³³⁾ L. 31 pr. D. h. t.; L. 5 Cod. *eodem*. — WESTPHAL, *Commentar* §§ 504 e 505.

³⁴⁾ L. 17 D. h. t.

³⁵⁾ L. 36 § 5 D. h. t.; L. 46 D. *de usuris* [22, 1].

³⁶⁾ L. 37 D. h. t.

³⁷⁾ LL. 38 e 39 D. h. t. — VOET, h. t. § 21.

le spese necessarie, anche per quelle di cui non esiste più traccia, perchè sarebbe stato responsabile per averle trascurate³⁸⁾; per le utili però solo in quanto sussistono ancora³⁹⁾. Per le spese fatte per mero ornamento gli si deve concedere la separazione in quanto sia possibile senza danno dell'intero⁴⁰⁾ o).

³⁸⁾ L. 38 collegata alla L. 31 § 3 D. h. t. e L. 54 § 2 *eodem*. — VOET, l. c. — THIBAUT, *System des Pand. R.* tom. II § 743.

³⁹⁾ L. 38 in fine D. h. t.

⁴⁰⁾ L. 39 D. *eodem*.

o) Cf. FRANCKE, *Exeg.* II, pagine 331-333, 355-359. Per il pagamento dei debiti, ivi pagine 322-331, dei legati pag. 327; SERESIA, op. cit. n. 192-214; TARTUFARI, op. cit. II, n. 631 seg. il quale (n. 656) sostiene anche rimpetto al nostro codice la triplice partizione romana delle spese.

Crede col SERESIA, op. cit. n. 197 e 200, che in massima valgano oggi pure i principi romani riguardo alle controprese del convenuto nel giudizio di petizione d'eredità relativamente al pagamento dei debiti e dei legati. Più giova che ci soffermiamo alcun poco sul diritto al rifacimento delle spese. La teoria romana, quale è esposta dal GLÜCK, era stata riassunta anche dal POTHIER *Success.* n. 145 e il SERESIA, op. cit. n. 193; dopo aver osservato che era stato accolta dall'antico diritto francese, ne sostiene la piena validità rimpetto al codice napoleonico. Invece altri civilisti (così AUBRY e RAU §§ 616 e 219, HUREAUX, *Success.* III, n. 152 e 182) vogliono applicare qui le regole accolte dal codice o dalla pratica in materia di rivendicazione. Il SERESIA combatte appunto questa dottrina. Ma rimpetto al nostro codice civile i dubbi per me derivano dalla esistenza di un apposito titolo sul possesso, del quale pel nostro argomento il TARTUFARI non crede si debba far uso ponendosi così in contraddizione con ciò che per altri punti della petizione d'eredità aveva insegnato. Si ricordi infatti come egli stabilisca il concetto della buona fede dell'erede apparente ricorrendo ai « principi della teoria (del possesso) che poi (il codice nostro) ha, per così dire, incarnato ed applicato nelle diverse parti del diritto » (TARTUFARI, op. cit. II, n. 399, pag. 446). Egli poi si dà premura di mostrare la piena concordanza dell'art. 702 col 933 (ivi n. 400) anche riguardo ai frutti (ivi n. 441). Giunto poi a trattare dell'obbligazione dell'erede vero verso l'erede apparente per i miglioramenti insegna che non si deve far uso degli articoli 705 e 1150 « si perchè ambidue parlano della vindicazione o ripetizione di una sola cosa e si sa che la teoria dell'erede apparente si governa sopra norme diverse: si perchè l'art. 704 che vuole la sussistenza dei miglioramenti per dar luogo a refezione di spese e il possesso di cui parla il tit. V, del lib. 2, concernono sempre cose singole, se si eccettui l'art. 693, che si riferisce alla universalità ed è una ripetizione dell'art. 925 sulla continuazione del possesso dell'erede »; TARTUFARI, op. cit. II, n. 697, pagine 769-770. Anche ha insegnato che nella petizione d'eredità si giunge alle eguali conseguenze del giudizio di vindicazione modificate soltanto dal principio di surrogazione (ivi n. 470). Ora non mi sembra che questo autorizzi ad un trattamento dell'erede apparente pei miglioramenti, diverso da quello del possessore in genere. D'altra parte il legislatore stesso ha considerato l'art. 705 di generale applicazione e vi si riferisce espressamente nell'art. 1550 (restituzione di cosa indebitamente ricevuta). Nè è raro vedere i principi relativi a questo argomento ravvicinati alla petizione d'eredità. Si può dubitare del pari se il principio cardinale del giure romano che

l'erede apparente non deve essere soggetto a perdita, abbia ad essere creduto anche nel diritto italiano di tale efficacia che non valga per quell'erede la condizione a cui è subordinato il diritto del possessore di buona e mala fede per l'art. 704 di pretendere indennità per i miglioramenti, cioè, la loro sussistenza al tempo della evizione. Osservo poi che anche il TARTUFARI riconosce che di miglioramenti veri consustanziati e inseparabili dalla cosa parlano gli articoli 705 e 1150, mentre di miglioramenti consistenti in addizioni e separabili senza distruzione o deterioramento della cosa si fa parola nell'art. 450 (ivi n. 720). Ma se dall'art. 450 che parla di opere fatte da un *terzo* con materiali propri sul fondo altrui ed è posto sotto la rubrica del diritto di accessione, se ne trae fuori una teoria generale dell'indennizzo del possessore per i miglioramenti-addizioni, ci sarà almeno lecito di non discostarci anche per i miglioramenti in stretto senso riguardo all'erede apparente dagli articoli 704 seg. Ripetiamo qui, come già più sopra dicevamo: o si tratti di principi generali che noi ravvisiamo in questi articoli o si vogliano applicare per analogia, la logica ci spinge inevitabilmente ad applicarli, senza che dobbiamo direttamente ricorrere ai testi romani. E a dir vero il codice, attraverso le sue imperfezioni e lacune, sembra aver avuto un concetto unico dei miglioramenti: la misura dell'indennizzo, ad esempio, è espressa dovunque con formola equivalente. Cf. articoli 705, 1150, 450 cap. sec. in fine.

Pertanto quanto alle spese necessarie non vi sarà distinzione tra erede apparente di buona o mala fede (arg. art. 1150). Riguardo alle spese utili mi sembra logico applicare gli articoli 704, 705, richiedere, cioè, anche per il diritto del possessore di buona fede, che i miglioramenti sussistano al tempo della evizione. Delle spese voluttuarie il codice tace e ciò può sembrar duro relativamente all'erede apparente di buona fede. Al TARTUFARI, op. cit. II, n. 740, sembra magro compenso che quest'erede guadagni totalmente i frutti sino alla domanda giudiziale. Ma egli sa che molte cosiddette *impensae voluptuarie* rientrano assai facilmente nella categoria delle utili (Cf. ivi n. 737). Nè si può per spese di mero diletto aggravare la sorte dell'erede vero. Trattandosi di addizioni di mero ornamento non si potrà negare all'erede apparente di toglierle senza danno della cosa principale.

Ancor una volta si vede come il codice dovrebbe dispensarci da questo faticoso e più o meno sicuro lavoro d'interpretazione intorno ad una dottrina così fondamentale.

TITOLO IV.

Si pars hereditatis petatur

§ 572.

Carattere della petizione particolare di eredità.

Svolgimento dei casi che qui si verificano.

Chi ha una pretesa soltanto ad una parte dell'eredità può far valere il proprio diritto in duplice guisa: talora può valersi di un'azione, talora di una eccezione. Se, cioè, egli possiede l'intera eredità che vien reclamata dall'attore, il quale affermarsi unico erede, il convenuto può difendersi con la eccezione che esso è coerede sino ad un certo ammontare dell'eredità ¹⁾. Se agisce invece contro il possessore dell'eredità, che gli contesta la sua quota, siamo nel caso della petizione particolare di eredità, *hereditatis petitio partiaria* o *actio, si pars hereditatis petatur*. Questa azione non mira alla divisione dell'eredità ma al riconoscimento del parziale diritto di eredità spettante all'attore ²⁾. Non si ha quindi alcun riguardo a ciò che il convenuto possiede della eredità, ma soltanto al diritto dello attore ed a quanto

¹⁾ L. 8 D. h. t. *Permittenda erit possessori hereditatis, partem siquidem hereditatis defendere, parte vero cedere. Nec enim prohibet, aliquam totam hereditatem possidere et partem scire dimidiam ad se pertinere, de altera parte controversiam non facere.* Qui devesi congiungere la L. 21 D. *de reb. creditis* [12, 1] che è presa pure da JULIAN. lib. 48 *Digestorum*. Vedi GER. NOODT, h. t. *Oper.* tom. II pag. 188.

²⁾ L. 7 D. h. t. *Non possumus consequi per hereditatis petitionem id, quod familiae eriscundae iudicio consequimur, ut a communione discedamus: cum ad officium iudicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi iubeat.*

compete a questo per sua quota di eredità ³⁾. Ora siccome la parte di eredità spettante all'attore è soltanto ideale, che, come dice ULPIANO ⁴⁾, deve essergli restituita *pro indiviso*, così l'attore ha acquistato sopra ogni singola cosa appartenente all'eredità un diritto proporzionale alla sua quota ⁵⁾. In base a ciò decidonsi i seguenti casi.

1) Il convenuto possiede la intera eredità e affermarsi unico erede. Qui l'attore reclama appunto la sua quota e fonda la propria pretesa sul suo diritto di coerede ⁶⁾.

2) Più individui, i quali non sono eredi, possiedono la eredità, su cui più coeredi accampano pretese. Per esempio, A e B possiedono la eredità *pro herede*, la quale spetta rispettivamente per metà a C e D. Qui non può ognuno dei coeredi convenire ciascuno dei possessori per l'intera quota che il convenuto possiede dell'eredità, se anche quella ammontasse appunto alla metà di questa. Non si può dire infatti che A possieda la quota di C e B quella di D; ma ciascuno dei convenuti possiede *pro indiviso* tanto ciò che spetta per quota a C, quanto quello che spetta a D. Ciascuno dei coeredi agisce pertanto contro ognuno dei possessori per la metà di ciò che questi possiede ⁷⁾. Se invece

³⁾ L. 1 § 1 D. h. t. *Qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo motitur, quod possessor occupavit, sed ex suo iure.*

⁴⁾ L. 7 D. h. t.

⁵⁾ Von SAVIGNY, *Recht des Besitzes* § 22 n. 2 pag. 205.

⁶⁾ L. 1 § 1 D. h. t.

⁷⁾ L. 1 § 2 D. eod. *Quin imo si duo possideant hereditatem, et duo sint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere contenti esse debent, puta primus a primo (vel) secundus a secundo, sed ambo a primo, ambo a secundo. Neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo utriusque pro erede.* Questo passo prova del resto che la petizione particolare di eredità può esser promossa anche contro colui, al quale l'attore non riconosce alcun diritto ereditario, come molto giustamente ha osservato anche MALBLANK in *Dig.* parte II § 380 n. 1. È quindi chiaramente inesatto che HÖPFNER nel *Commentario alle Istituzioni di HEINECCIUS* § 707 pag. 762 ponga la differenza fra la petizione universale di eredità e la particolare in questo che la prima possa esser promossa anche contro chi io non riconosco come erede, la seconda invece contro chi io riconosco come coerede, ma non vuole ammettere che io lo sia. La inesattezza di questa teoria si palesa anche di più, quando con essa confrontasi ciò che io ho detto al n. 3. Si veda pure WEBER ad HÖPFNER l. c. pag. 763.

3) di coloro che possiedono la eredità, l'uno è un vero coerede, l'altro no, quest'ultimo soltanto deve esser convenuto con la petizione particolare di eredità dal coerede sopraggiunto il quale non possiede, quando il coerede che insieme a lui possiede, non è in possesso altro che di ciò che gli spetta per sua porzione. Se la eredità è ancora indivisa fra i possessori, ciò non è del pari oggetto di dubbio. Ma quando tra loro fosse già avvenuta una divisione dell'eredità, sia per un amichevole accordo, sia per mezzo di un'azione di divisione della eredità, propriamente secondo l'analogia dello stretto diritto, ciascun possessore dovrebbe essere convenuto *pro rata*. Il coerede possidente dovrebbe pure cedere la metà della sua quota all'attore e quindi nuovamente agire per la metà contro il falso coerede. Ma per evitare questo lungo giro fu accolta per equità la opinione di PEGASO ⁸⁾. In

⁸⁾ L. 1 § 3 D. h. t. *Si ego ex parte me dicam heredem, coheres autem meus possideat hereditatem cum extraneo, cum non plus coheres haberet sua parte; utrum a solo extraneo, an vero et a coerede deberem petere hereditatem, quaeritur. Et PEGASUS fertur existimasse, a solo extraneo me petere debere, eumque restitutum, quicquid possidet. Et fortassis hoc officio iudicis debeat fieri. Caeterum ratio facit, ut a duobus petam hereditatem, hoc est et a coerede meo; et ille quoque dirigat actionem adversus extraneum possessorem. Sed PEGASI sententia utilior est.* — Ant. FABER in *Rational.* ad L. vuole intendere la opinione di PEGASO pel caso che il vero e il falso coerede avessero ancora in possesso indiviso la eredità (pro indiviso). Così pure WESTPHAL nel *Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente*. Ma VOET in *Comm. ad Pand. h. t. § 2* ha pienamente confutato questa opinione. Se il parere di PEGASO dovesse intendersi per una eredità ancora indivisa, non si potrebbe prescindere dal considerare dove allontanasi dal rigore del diritto. Riguarda quindi soltanto il caso di una eredità già divisa. Anche in questo l'azione deve dirigersi contro il falso coerede. Tutto questo è confermato con i più dalla L. 8 D. *de rei vind.* [6, 1] dove è detto che diversamente accade nella *rei vindicatio*. Dicesi ivi: POMPONIUS lib. 35 *probat: Si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem, tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus totus semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi debere me petere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest.* Con questa spiegazione concordano anche i Basilici tom. V lib. XLII tit. 2 pag. 650. Si veda ancora Henr. Th. PAGENSTECHER, *Ius Pegasianum* (Lemgoviae 1741, 4) cap. VI pag. 17 seg. — THIBAUT, *System des Pand. R.* vol. II § 741 pag. 164.

ogni caso l'attore vittorioso può agire nondimeno per la divisione della eredità contro il vero coerede, tanto se questo possedeva la eredità divisa, quanto se indivisa, insieme all'*extraneus* (come le leggi dicono qui il falso erede), perchè il vero erede non è costretto ad appagarsi, per la sua quota, dell'avvenuta divisione⁹⁾. Diversamente sarebbe la cosa se la eredità consistesse soltanto in cose fungibili. Qui non vi è bisogno di alcuna ulteriore divisione, ma subentra una scambievole compensazione¹⁰⁾.

4) L'attore possiede già qualche cosa dell'eredità, ma non tanto quanto gli spetta per sua quota, il rimanente è posseduto dai coeredi. Per esempio, spetta all'attore per testamento, la metà dell'eredità; egli possiede soltanto un terzo e altrettanto possiedono i rimanenti due coeredi. Propriamente deve agire contro ognuno dei due coeredi per la metà di ciò che ciascuno possiede: in tal guisa ottiene da ognuno un sesto. Ma poichè ora ha troppo, possedendo già un terzo, deve del suo *triens* restituire a ciascuno un dodicesimo, in quanto questo non fosse già stato defalcato sul *sextans*, per cui si agì¹¹⁾. E anche quando l'attore, cui spetta la metà dell'eredità, avesse in mano digià questa quota ereditaria a lui competente, può nondimeno agire contro il possessore dell'altra metà dell'eredità, se gli contesta il diritto di coerede, perchè questo diritto di coerede dell'attore non esiste sopra una certa parte delle cose, ma, in proporzione della quota di lui, su tutte le cose appartenenti all'eredità. Il convenuto deve dividere coll'attore ciò che ha, questi invece gli restituisce la metà di quei beni che trovansi nelle sue mani. Se non si contestano scambievolmente il loro diritto di coeredi, possono servirsi dell'azione di

⁹⁾ Vedi SCHILTER, *Praz. iur. Rom. exerc.* X § 46 seg. e MALBLANK, *Princ. iur. Rom.* parte II § 380 n. II pag. 85.

¹⁰⁾ VOET, l. c. — PAGENSTECHEER, l. c. pag. 19 nota e.

¹¹⁾ L. 1 § 4 D. h. t. *Item si cum sua ex parte dimidia heredem dicerem, trientem hereditatis possiderem, deinde residuum sextantem velim persequi, qualiter agam, videamus? Et LABEO scribit, utique partem dimidiam me petere debere a singulis. Sic fieri ut a singulis sextantem consequar: et habeto bessem. Quod verum puto. Sed ipse tenebor ad restitutionem sextantis ex triente, quem possidebam: et ideo officio iudicis invicem compensatio erit admittenda eius, quod possideo, si forte coheredes sint, a quibus hereditatem peto.*

divisione dell'eredità, ma devesi promuovere inoltre la petizione particolare di eredità ¹²⁾.

5) Quando i coeredi dell'attore possiedono intieramente la eredità e se la sono divisa, l'azione deve esser promossa contro ognuno dei coeredi possedenti la eredità in guisa che essi soddisfano l'attore riguardo alla quota a lui spettante con ciò che dell'eredità hanno in mano ¹³⁾.

6) Talvolta è ancora incerta la parte della eredità che spetta all'attore. Tale incertezza può sorgere

a) quando l'attore concorre con tali coeredi, che non sono ancora nati. Qui distinguasi ancora

aa) I coeredi non ancora nati sono tali che di essi non era padre il relinquente. Per esempio il defunto lascia per suo erede il figlio del suo defunto fratello maggiore e due vedove incinte di due defunti fratelli più giovani ¹⁴⁾. I figli di collaterali ereditano *in capita*. Ma qui non si sa ancora quanti figli partoriranno le vedove incinte. Sarebbe contrario all'equità che il coerede già nato niente dovesse avere sino a che per il parto delle vedove incinte non è tolta di mezzo la incertezza. Egli può quindi agire, ma qui la petizione parziaria di eredità ha la particolarità che è rivolta ad una quota non determinata ¹⁵⁾.

¹²⁾ L. 1 § 2 D. h. t. *Et si possessor e' petitor possideant hereditatem, cum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi adferat, invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur, aut, si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae eriscundae experiri eos oportebit.* Vedi WESTPHAL, cit. *Comm.* §§ 529 e 530 § 341 seg.

¹³⁾ L. 6 pr. D. h. t. *Sorori, quam coheredem fratribus quatuor in bonis matris esse placuit, quinta portio pro portionibus, quae ad eos pertinuit, cedit: ita ut singuli in quarta, quam antehac habere credebantur, non amplius ei quintam conferant.* Il *pro portionibus* equivale qui a *pro unaquaque portione*. Il senso è questo che ognuno dei coeredi deve restituire il quinto della porzione che possiede. Vedi POTHIER, *Pand. Justin.* tom. I h. t. n. II nota a.

¹⁴⁾ L. 1 § 5 D. h. t. *Interdum Praetor incertae partis hereditatis petitionem indulget, idoneis causis intervenientibus utputa est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnantes, quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est; quia, quot edantur fratrum defuncti filii, incertum est. Aequissimum igitur est, incertae partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicumque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi.*

¹⁵⁾ Per esempio, quando io son così prossimamente congiunto del defunto come i convenuti e mi spetta, almeno in parte, la eredità. Vedi SCHMIDT,

Il giudice deve dunque decidere col proprio arbitrio quanto nel frattempo deve essere riserbato pei coeredi non ancora nati ¹⁶).

bb) Il relinquirente stesso lascia, oltre i figli già nati, la vedova incinta. In questo caso, per la possibilità di un parto trigemino, vengono riserbate tre quote. Il figlio già nato può quindi agire adesso soltanto per la quarta parte ¹⁷). Se nascono di meno, egli riceve un aumento, se più di tre deve egli pure proporzionalmente restituire ¹⁸).

b) La parte dell'attore può intanto essere incerta anche perchè alcuni dei coeredi sono ancora indecisi se vogliono ereditare o no. Qui l'attore non ha bisogno di attendere la loro decisione, ma non può intanto chieder più di quello cui ammonterebbe la sua quota, se

Theor. pract. Commentar al Lehrbuch von gerichtl. Klagen di suo padre, vol. 3 § 616.

¹⁶) Vedi THIBAUT, *System des P. R.* vol. 2 § 738 e WESTPHAL, cit. *Comm.* § 519. Veramente crede HOFACKER in *Princ. iur. civ.* tom. II § 1674, che qui pure sia da prendere il temperamento, che per ogni vedova incinta debbonsi calcolare tre parti. Ma più esattamente intende la maggior parte dei giureconsulti la L. 3 h. t. per una vedova incinta del defunto. Vedi VOET, h. t. § 3. — WESTENBERG, *Princ. iuris sec. ord. Dig.* h. t. § 6. — FINESTRES, *Praelect. Cervar.* in tit. *Pand. de liberis et postumis* pag. 185. — MALBLANK, *Dig.* h. t. § 380.

¹⁷) L. 3. D. h. t. *Prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur; id est quia fieri poterat, ut tergemini nascerentur, quartam superstili filio assignaverunt.* Vengono citati in questo passo più esempli di fecondità materna, in cui da una madre sono nati ad un tempo tre, quattro, cinque e più figli. PAOLO reca esempli in parte stranieri, in parte patrii. Tra questi le parole: *Sed et tergeminos Senatores cinctos vidimus Horatios* hanno presentato una particolare difficoltà agli interpreti, perchè gli Orzi non furono senatori e la parola *cinctos* non adattasi ai senatori. Sonosi tentate perciò alcune emendazioni. Vedi DESID. HERALDI, *Observat. et Emend.* cap. 39 in EV. OTTONIS, *Thes. iur. Rom.* tom. II pag. 1362. — CAR. ANNIB. FABROTI, *Exercit. II de numero puerperii* nello stesso *Thes.* tom. III pag. 1171 seg. — e WESTPHAL, cit. *Comm.* § 154. Ma che il passo sia suscettibile di spiegazione senza bisogno di emendarlo è stato dimostrato da HUBER in *Praelect. ad Pand.* h. t. § 3. — EV. OTTO in *Jurispr. Symbolica* exerc. II cap. 15 — e CORN. VON BYNKERSOEK in *Observ. iuris Rom.* lib. III cap. 8. Vedasi del resto anche Foppii ab AEZEMA, *Diss. ex iure civ.* lib. II cap. 3 in *Thes.* MEERMAN. tom. VI pag. 822.

¹⁸) L. 4 D. h. t. *Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata accrescere: si plures, quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.* Vedi JUL. PACII, *Legum conciliatar.* centur. III qu. 38 — e TRIP, *Diss. de parte ventris hereditaria* in GER. OELRICHS, *Thes. Diss. Belgicar.* vol. I tom. II n. 9.

i coeredi tuttora indecisi avessero adito l'eredità. Ove questi la rifiutino dipoi, coloro che hanno adito l'eredità possono anche di ciò che resta chiedere la loro parte, in quanto spetti ad essi ¹⁹⁾.

Del resto si applicano a questa azione gli stessi principi della petizione universale di eredità; anche ciò che ivi fu detto riguardo al *possessor bonae e malae fidei* vale qui. Il primo restituisce quindi l'eredità solo in quanto si è per essa ancora arricchito; non rifonde ciò che ha sprecato, perduto o altrimenti dato via prima dello inizio del processo. Qui sorge ora la questione: quando il convenuto in *bona fides* erasi creduto erede universale, poi che ora gli spetta soltanto la metà dell'eredità, se al momento in cui il coerede promosse contro di lui l'azione avesse già consumato la metà dell'eredità, che cosa restituirà qui all'attore? MARCELLO che ULPIANO ²⁰⁾

¹⁹⁾ L. 2 D. h. t. *Si ex pluribus, ad quos eadem hereditas pertinet, qui iam adierint, quidam adhuc deliberent; eos, qui adierint, si petant hereditatem, non maiorem partem petere debere, quam habituri essent, caeteris aduentibus; nec eis proderit, si caeteri non adierint. Non aduentibus autem caeteris, poterunt tunc partes eorum petere, si modo ad eos pertinerent.* Le parole *nec eis proderit* vogliono dir questo che non basta ad essi come scusa per evitare la pena della *pluspetitio*, che i rimanenti non abbiano adito l'eredità. Le ultime parole si riferiscono invece a ciò che non vi sono sostituiti. Vedi POTHIER, *Pand. Justin.* tomo I h. t. n. IV note b e c. WESTPHAL, *Comm.* § 520.

²⁰⁾ L. 25 § 15 D. *de heredit. petit. Adeo autem, qui locupletior factus non est, non tenetur, ut si quis putans se ex asse heredem, partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumpserit, MARCELLUS libro 4 Digestorum tractat, num (non) teneatur; quasi id, quod erogaverit, ex eo fuerit, quod ad eum non pertinebat, sed ad coheredem. Nam et si is, qui heres non erat, totum quidquid apud se fuit, consumpsisset, sine dubio non teneretur, quasi locupletior non factus. Sed in proposita quaestione, tribus visionibus relatis, una prima, deinde alia, posse dici, totum quod superest, restituere eum debere, quasi suam partem consumpserit: tertia utriusque, quod consumptum est decedere. De illo dubitat, utrum totum, an partem restituendam dicat. Puto tamen residuum integrum non esse restituendum, sed partem eius dimidiam.* Io osservo qui a spiegazione che la parola *visio* ha lo stesso significato della parola *inspectio* nella L. 31 D. *depositi* [16, 3] e nella L. 44 D. *de obligat. et act.* [44, 7]. Traducesi ordinariamente per opinione. Vedi POTHIER, *Pand. Justin.* tom. I tit. *de heredit. petit.* n. XLI nota d pag. 707 e WESTPHALS, *Comm.* § 527. Ma ULR. HUBERUS in *Eunom. Rom.* h. l. pag. 282 sembra tradurre meglio *tres visiones* per *tres opinionum adspectus*. Che del resto questa espressione sia un emblema di TRIBONIANO, come vuole CUIACIO, è inverosimile e vien rigettato perciò a ragione da BARN. BRISSONIUS, *De verb. sign. h. t.* che spiega insieme ad ANT. AUGUSTIN. la parola *visio* con *ἑωραμα* o *ἑωραία*. Si

cita ha trattato questo caso *Libro 4.º Digestorum*. Lo considera sotto tre diversi aspetti. Si potrebbe dire in primo luogo che il convenuto niente affatto dovesse consegnare all'attore perchè la metà che fu consumata sia quella che l'attore stesso reclama. Infatti quando il *bonae fidei possessor*, a cui pure non spetti alcun diritto ereditario, avesse consumato del tutto la eredità senza essersi perciò arricchito il vero erede non avrebbe alcuna ulteriore pretesa contro di lui. Ma questa opinione viene assolutamente rigettata da MARCELLO. Secondo un altro aspetto della cosa si potrebbe dire che il convenuto avesse consumato la sua metà e dovesse perciò restituire tutto il rimanente all'erede. Finalmente da un terzo aspetto si può supporre che ciò che fu consumato sia da defalcare ad ognuno per la sua quota. Siccome MARCELLO oscillava fra le due ultime vedute, ULPIANO si dichiara per la ultima opinione. Secondo questa decisione l'attore ottiene quindi soltanto la metà di ciò che il convenuto possiede ancora della eredità. Antonio FABER ²¹⁾ crede veramente che gli antichi giuristi avessero dovuto aderire alla seconda opinione come quella che sia più conforme all'analogia e all'equità. Ritiene perciò interpolato l'intero frammento; ma in sostanza senza qualsiasi fondamento, come hanno dimostrato Ulrico HUBERO ²²⁾ e WESTPHAL ²³⁾ e specialmente Just. MEIER ²⁴⁾. Il convenuto non ha qui consumato soltanto sulla sua parte, ma nella buona fede di essere erede universale, sull'intera eredità. Conserva pertanto, purchè, come qui vien presupposto, non siasi arricchito per quella consumazione, la sua quota sul residuo. Non si può neppure affermare con fondamento, che la decisione di ULPIANO contraddica all'analogia di diritto. Lo stesso criterio di divisione è seguito dai giureconsulti romani anche in altri casi in cui trattasi della

veda anche Jo. WyBO in *Tribon. ab emblematis WISENBACHII liberato* cap. II § 4. Inoltre *una prima* significa qui: l'una è quella che fu appunto ricordata. Le parole *utique non, nihil restituendum*, che (come invece di *nonnihil* leggonsi d'ordinario con POTTER, l. c. nota f.) debbono esser divise, voglion dire: non doversi in alcun modo accogliere la prima opinione, in base alla quale il convenuto nel caso ricordato niente dovrebbe restituire.

²¹⁾ *Coniect. iur. civ. lib. XVIII cap. 2.*

²²⁾ *Enom. Rom. h. L. pag. 282.*

²³⁾ Nel cit. *Comm. § 527 pag. 340.*

²⁴⁾ *Ενδοξων, Justinianeor. s. Disputation. apologeticar. iuris civ. dec. III cap. I.*

restituzione di un'eredità e la consumazione era permessa al convenuto ²⁵⁾).

In quest'azione vengono pure computate in parte all'attore le spese fatte e i disborsi, come ciò avviene per intero nella petizione universale di eredità ^{26) p)}).

²⁵⁾ Si confronti, per esempio L. 54 D. *ad SCtum Trebell.* [36, 1] dove PAPINIANO nel caso che una eredità fedecommessaria sia stata lasciata in guisa che al fedecommessario debba esser restituito soltanto ciò che resta della eredità alla morte del fiduciario, sostiene che le spese che il fiduciario ha fatto sull'eredità non debbono colpire soltanto il fedecommesso, ma anche proporzionalmente il patrimonio proprio del defunto e che quindi il mancante debba essere fornito dalla eredità fedecommessaria e conferma questa decisione con un decreto dell'imperatore MARCO. Vedasi ciò che di questo argomento ricorre nella parte VII sez. 2 § 569 nota 80 pag. 559 seg. e si confronti WESTPHAL, *Systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen* parte II § 1672.

²⁶⁾ L. 6 § 1 D. h. t. *Sumptus, qui propter onera totius hereditatis iusti fiunt, si, qui patroni iure portionem evicerit, pro rata computentur.* È accidentale che qui si parli soltanto del patrono, perchè appare dalla L. 39 D. *fam. ercisc.* [10, 12] che la massima è generale. Vedi POTHIER, *Pand. Justin.* tom. I h. t. n. VII.

p) Cf. sulla *hereditatis petitio partiaria* specialmente ARNDTS, *Civilist. Schriften* II, pag. 284 seg., che si appoggia largamente a questa esposizione del nostro autore. Anche FRANCKE, *Exeg.* I, pag. 135 seg. la cui esegesi tuttavia non estendesi alla *hered. pet. partiaria*. I principi romani sono quivi pure applicabili al diritto odierno: SERESIA, op. cit., n. 69 seg. RICCI, IV, n. 18, BORSARI, O. c., § 2016. Tanto è petizione d'eredità l'azione con cui l'erede richiede al coerede la sua quota d'eredità, previo annullamento di una transazione che lo privò di essa, quanto l'azione con cui l'erede chiede la sua quota al coerede che vinse la lite. Cass. Firenze 26 aprile 1866 (*Ann. I.* 1 pag. 259). Ciò anche se fu già aggiudicata tutta l'eredità all'erede rivendicante. Un erede che si credette solo, mentre è poi dichiarata in altri la qualità di coerede potrà esser considerato come erede apparente riguardo ai frutti rimpetto al secondo per la parte eccedente goduta? Negativamente App. Genova 5 luglio 1886 (*Foro it.* 1886, I, 868). Riformata da Cass. Torino 7 luglio 1887 (ivi, 1887, I, 933). Vedi a questa la nota adesiva del CHIRONI, *Questioni di dir. civ.*, pag. 355.

TITOLO V.

De possessoria hereditatis petitione

§ 573.

Concetto della bonorum possessio e determinazione dei casi nei quali ha luogo la petizione di eredità accordata dal pretore.

Vi sono persone, le quali secondo il diritto pretorio possono pervenire alla eredità, sulla quale per diritto civile non hanno pretesa alcuna, in quanto il più recente diritto civile non abbia imitato qui dal modello del pretore. Tal diritto che il pretore o, sull'esempio di lui, una nuova legge civile accorda sopra una eredità, dicesi *Bonorum possessio* ²⁷⁾. Per questa via per esempio il coniuge superstite può per l'editto del pretore *Unde vir et uxor* ottenere, quando egli non abbia lasciato alcun parente capace di succedere, l'intera eredità del defunto, sulla quale per il diritto civile non avrebbe potuto accampare alcuna pretesa. A favore di tali eredi pretori l'erede introdusse un duplice mezzo giuridico, uno possessorio, cioè l'*interdictum quorum bonorum* per giungere al possesso di cose corporali ereditarie, ed uno petitorio, cioè la *possessoria hereditatis petitio* per il riconoscimento del diritto ereditario pretorio contro quel possessore che si arroga l'eredità *pro herede* o *pro possessore*. Quella vien detta *possessoria* perchè deriva dalla *bonorum possessio* o dal diritto ereditario pretorio. I due mezzi giuridici non debbono quindi, come alcuni ²⁸⁾ hanno fatto, esser

²⁷⁾ Vedi KOCH, *Bon. poss.* § 3.

²⁸⁾ Per esempio SCHAUMBURG in *Compend. Dig. h. t.* § 2 e lib. XLIII tit. 2 § 2 che perciò a ragione è confutato da Aemil. Lud. HOMBERGK ad VACH in

confusi l'uno con l'altro e ritenuti una stessa cosa. Sebbene per potersi valere dell'*interdictum quorum bonorum* non sia appunto necessaria che si abbia ad aver ottenuto la *bonorum possessio*, essendo esso vantaggioso anche all'erede civile ²⁹⁾, è tuttavia assolutamente necessario quella per poter promuovere la *hereditatis petitio possessoria* ³⁰⁾.

Si possono supporre nondimeno due casi. L'erede pretorio, il quale ha la *b. p.*, ha già raggiunto così il possesso della eredità o no. Nel primo caso la *bonorum possessio*, come dice ULPIANO ³¹⁾, gli accorda l'*ius retinendi patrimonii* ed egli può ora attendere finchè non sia colpito dalla petizione di eredità. In tal caso può difendersi con la eccezione di essere erede pretorio, ma l'attore non deve avere un diritto migliore e preferibile cui egli debba cedere, poichè la *hereditatis petitio civilis* è vantaggiosa anche contro l'erede pretorio ³²⁾. Per esempio un vedovo ottiene la *bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor* quantunque la sua defunta moglie abbia lasciato dei parenti, perchè questi non hanno domandato la *bonorum possessio* dentro il termine legale. Qui il vedovo deve cedere quando i parenti, come eredi civili, agiscono poi contro di lui, sia possessoriamente, sia petitoriamente, per la consegna dell'eredità ³³⁾. La *bonorum possessio* del vedovo era qui, come la si dice, *sine re*, cioè senza efficacia ³⁴⁾.

Quando invece il *bonorum possessor* non possiede l'eredità, ma un

Progr. de bonorum possessione remelio nec possessorio nec interimistico (Marburgi Cattorum 1753, 4).

²⁹⁾ Vedi KOCH, *Bon. poss.* § 29 pag. 338.

³⁰⁾ Nel libello devesi quindi fare espressa menzione dell'avvenuto riconoscimento giudiziale della *B. P.* spettando ciò al fondamento dell'azione, perchè per diritto pretorio nessuno diventa erede *ipso iure*. Vedi KOCH, § 6 pag. 61 seg. Quell'agnizione può avvenire tuttavia anche nell'azione stessa. Per esempio, se dunque in questo caso, secondo l'editto pretorio, mi spetta un diritto ereditario, come io voglio qui dichiararmi giudizialmente e voglio che mi sia riconosciuto, ecc. Vedi SCHMIDT, *Theoret. pract. Commentar al Lehrbuch von gerichtl. Klagen* di suo padre vol. 3 § 588.

³¹⁾ L. 3 § 2 *de bon. poss.* [37, 1].

³²⁾ L. 11 pr. D. *de hered. petit.*

³³⁾ Relativamente a questo caso è da intendere la L. 3 Cod. *Quor. bonor.* [43, 2]. Vedi HUGO, *Comm. de bon. possessionibus* (Halae 1788) § 27.

³⁴⁾ Vedi la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 71.

terzo la possiede *pro herede* o *pro possessore*, la *bonorum possessio* attribuisce all'erede che l'abbia opportunamente ottenuta, un *ius persequendi patrimonii*, come ULPIANO ³⁵⁾ dice, cioè egli, per ottenere l'eredità stessa, può valersi della petizione possessoria di eredità.

Siccome tuttavia la *bonorum possessio* per la sua efficacia è molto diversa, poichè ora accorda un vero diritto ereditario (*bonorum possessio edictalis*), ora un possesso provvisorio, congiunto nondimeno col diritto di godere frattanto, sulla eredità, degli alimenti, sino a che non sia tolto il dubbio o l'ostacolo che adesso opponesi tuttora ad un effettivo acquisto della eredità (*bonorum possessio decretalis*) ³⁶⁾, devesi ulteriormente osservare che la *possessoria hereditatis petitio* propriamente è fondata soltanto sopra una *bonorum possessio edictalis* ³⁷⁾, vuoi che sia basata sopra un testamento (*testamentaria*), vuoi domandata senza testamento (*ab intestato*). ULPIANO ³⁸⁾ dà chiaramente a veder ciò, quando dice: *Ordinarium fuit, post civiles actiones hereditarias propositas, rationem habere Praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit: hoc est, eorum, quibus bonorum possessio data est*. Ora colui il quale ha ottenuto la *bonorum possessio edictalis* è *loco et vice eredis* e gode tutti i diritti di un erede civile ³⁹⁾.

Chi all'opposto ha ottenuto soltanto una *bonorum possessio decretalis* (per esempio ad un figlio impubere del relinquirente, che i parenti del defunto non vogliono riconoscere come legittimo figlio di lui, è stata accordata la *b. p. ex edicto Carboniano*), può, quando abbia prestato la cauzione richiesta per ciò, valersi dell'*interdictum quorum bonorum* per ottenere il possesso della eredità. Egli, per mezzo del suo tutore, può anche far convenire debitori ereditari, quando si può temere che i crediti andrebbero perduti ⁴⁰⁾. Ma di regola la *hereditatis petitio possessoria* spettante all'erede pretorio non è collegata con una semplice

³⁵⁾ L. 3 § 2 D. *de bon. poss.* [37, 1].

³⁶⁾ KOCH, *B. P.* § 6.

³⁷⁾ KOCH, § 29 pag. 337.

³⁸⁾ L. 1 D. h. t.

³⁹⁾ Pr. I. *de bon. poss.* [3, 10]; L. 13 pr. D. *de B. P. contra tab.* [37, 4]. — KOCH, § 6 pag. 74.

⁴⁰⁾ L. 15 D. *de Carbon. edicto* [37, 10]. Ios. FINESTRES in *Hermogeniani libros Epitom. iuris*, Tom. II, pag. 725 seg.

bonorum possessio decretalis. Dice piuttosto ULPIANO ⁴¹⁾: *Quodsi coeperit aut hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus aut singulas res: rectissime JULIANUS libro 24 Digestorum scribit, exceptione eum summovendum. Contentus enim esse debet hac praerogativa, quod possessorem eum Praetor tantisper constituit*. Veramente il *b. possessor carboniano*, di cui ULPIANO parla, qui potrebbe, come erede civile, promuovere la *hereditatis petitio directa*: ma dovrebbe poi, come ULPIANO stesso ha poi osservato, poter tosto dimostrare di essere figlio legittimo del defunto e perderebbe così il beneficio della *bonorum possessio carboniana* ⁴²⁾.

Quando un erede civile, per i vantaggi congiunti con la *b. p. edictalis*, ottiene questa, come è pur libero di fare (*bonorum possessio utilis*), è da considerare quale un *bonorum possessor* e da trattare come tale. Non può quindi promuovere più la *hereditatis petitio civilis*, ma deve ora valersi della pretoria petizione d'eredità, perchè un *bonorum possessor*, quando anche sia un erede civile e persino un *suus heres*, dopochè ha ottenuto la *b. p.* non può fare alcun uso ulteriore del suo diritto ereditario civile ⁴³⁾.

Del resto la *possessoria hereditatis petitio* ha lo stesso effetto e la stessa durata della *hereditatis petitio civilis* ⁴⁴⁾. La *b. p.* deve essere, è vero, ottenuta da figli e genitori dentro un anno, dalle altre persone dentro cento giorni; ma la petizione pretoria di eredità si prescrive come quella derivante dal diritto civile, solo in 30 anni ^{44 bis) 1)}.

⁴¹⁾ L. 3 § 13 D. de Carbon. edicto. — THIBAUT, *System des P. R.* vol. 2 § 674 pag. 106.

⁴²⁾ L. 1 Cod. de ord. cognit. [7, 19]. — FINESTRES, l. c. pag. 729 e la mia *Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge* § 70 pag. 193.

⁴³⁾ Veramente è di altra opinione HUGO in *Comm. de bon. poss.* § 23. Ma vedasi Arn. VINNII, *Comm. ad pr. de bon. poss.* n. 3 — e KOCH, *Bon. poss.* § 18 pag. 222 seg.

⁴⁴⁾ L. 2 D. h. t. *Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.*

^{44 bis)} L. 3 Cod. de praescr. XXX vel XL annor. [7, 39]. [Nota segnata dal GLÜCK con *].

1) Qui pure le opinioni del GLÜCK sono accettabili tanto riguardo all'antichità della *hereditatis petitio possessoria* quanto alla distinzione di questa dall'*interdictum quorum*

bonorum. Il FABRICIUS, *Rhein. Mus. f. Jurispr.* IV, pag. 177 seg. 209 seg., aveva ritenuto che quella *petitio* fosse un bizzarro ritrovato dei compilatori giustiniani. Contro questa tesi insostenibile vedi ARNDTS, *Civilist. Schrift.* II, p. 345 seg. La rubrica *de possessoria hereditatis petitione* deve derivare dall'editto e dai suoi commentatori; così crede anche il LENEL, *Edict. perp.*, § 67, che l'editto proponesse quell'azione dopo le azioni civili concesse allo *heres civilis*. Invece il LEIST, *Bon. poss.*, I, pag. 295, sostiene che al tempo dell'editto perpetuo quell'azione non era conosciuta. A tale opinione aderisce anche il COGLIOLO in PADELLETTI, *Stor. del Dir. rom.*, 2.^a ed., pag. 515, nota *m*. Chi voglia trattare tale interessante questione storica non deve dimenticarsi una diligente analisi dell'*interdictum quorum bonorum* (non accolto dalla recente codificazione tedesca, *Motive V*, pag. 597) che, appunto, secondo alcuni, nell'età classica sarebbe stato l'unico mezzo giuridico per l'acquisto definitivo del dominio bonitario. Cf. su esso WINDSCHEID, § 617 nota * e la ricca bibliografia ivi citata.

TITOLO VI.

De fideicommissaria hereditatis petitione

§§ 574 e 575.

Natura di quest'azione. Contro chi ha luogo?

Se una eredità è stata lasciata a taluno in guisa che dopo la morte del testatore non la riceve immediatamente da questo, ovvero per mano di un erede diretto, a cui il defunto ingiunse di restituirla in tutto o in parte, dicesi eredità fedecommissaria o fedecommissario universale ⁴⁵⁾. Colui al quale il fedecommissario deve essere restituito per volontà del testatore diventa *Fideicommissarius*, come, al contrario, colui che a questo deve restituirlo è chiamato *Fiduciarius*. Il fiduciario pertanto ha già adito l'eredità o no. Nel secondo caso il fedecommissario può pregare il giudice che imponga al fiduciario, quando senza giusto motivo vi si rifiuta, di adire e restituire l'eredità. Già il *Senatusconsultum Pegasianum* aveva imposto all'erede il dovere di accettare l'eredità, anche contro la sua volontà, per poterla restituire ⁴⁶⁾ e GIUSTINIANO ha confermato ancor una volta ciò in una sua nuova costituzione intorno alle eredità fedecommissarie ⁴⁷⁾. Per questo scopo

⁴⁵⁾ Vedi WESTPHAL, *Hermeneut. Syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen* parte 2.^a § 1550 seg.

⁴⁶⁾ § 6 I. *de fideicomm. heredit.* [2, 23]. *Sed si recusabat scriptus heres adire hereditatem, ob id quod diceret eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavebatur Pegasiano Senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus esset, iussu Praetoris adiret et restitueret hereditatem; perinde ei, et in eum, qui reciperet hereditatem, actiones darentur, ac iuris est ex Trebelliano Senatusconsulto.*

⁴⁷⁾ § 7 I. *eodem.* *Sed etiam id quod praecipuum Pegasiani Senatusconsulti fuerat, ut, quando recusaret heres scriptus, sibi datam hereditatem adire, necessitas ei im-*

non fa bisogno di un'azione formale, ma vien ritenuta come sufficiente la semplice implorazione dell'ufficio del giudice. Secondo il più recente diritto romano ⁴⁸⁾, il fedecommessario stesso può anche implorare di autorizzarlo ad adire l'eredità, in caso di rifiuto dell'erede fiduciario ⁴⁹⁾.

Se invece il fiduciario ha già adito l'eredità o è in possesso di questa o no, ma un terzo la possiede. Nel primo caso ha luogo contro di lui l'*actio personalis ex testamento* perchè, conforme alla volontà del defunto, restituisca l'eredità al fedecommessario ⁵⁰⁾. Nell'ultimo caso poi il fedecommessario non può pretendere dall'erede fiduciario se non che gli restituisca l'eredità a parole ⁵¹⁾. Soltanto mediante questa restituzione passa al fedecommessario la proprietà universale sui beni ereditari con tutte le azioni che vi sono congiunte, sebbene non abbia ancora ottenuto il possesso di essa ⁵²⁾, ed egli vien posto così in condizione di poter promuovere contro il terzo anche la petizione di eredità, quando questi come erede supposto o come semplice possessore arrogasi l'eredità e non vuole riconoscere l'attore come fedecommessario. Questa specie di petizione d'eredità vien detta pertanto *hereditatis petitio fideicommissaria*. Spetta al fedecommessario

poneretur, totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transferre actiones: et hoc transposuimus ad Senatumconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si, ipso nolente adire, fideicommissarius decideret restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

⁴⁸⁾ Nov. 1 [Zach. 9] cap. 1 § 1. *Etenim in legatarii et fideicommissariis hunc esse volumus ordinem, ut primum fideicommissario universali — facultas adeundi concedatur, quia instar heredis est, maxime apud nos, qui soli Trebelliani SCto in talibus fideicommissis locum dedimus ambages Pegasiani odio habentes et explo-dentes.*

⁴⁹⁾ SCHMIDT, *Comm. al Lehrbuch von gerichtlichen Klagen* di suo padre, vol. 3 § 580 pag. 51 seg.

⁵⁰⁾ BOEHMER, *Doctrina de actionibus* sect. II cap. 3 § 27 e nota f.

⁵¹⁾ L. 37 pr. D. *ad SCtum Trebell.* [36, 1].

⁵²⁾ L. 63 pr. D. *eodem. Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt eius, cui restituta est hereditas, etsi nondum eorum nactus fuerit possessionem.* E la L. 3 D. h. t. dice: *Has autem actiones mihi dantur, quae heredi (cioè qui mihi hereditatem restituit) et in heredem competunt.* Nondimeno le azioni ereditarie spettanti dopo la restituzione al fedecommessario e contro di lui sono *actiones utiles* § 4 I. *de fideicomm. hered.* [2, 23]. Vedi WESTPHAL, cit. *Darstellung* parte 2.^a § 1683.

cui fu restituita l'eredità a parole⁵³⁾ ed è diretta contro il terzo possessore della eredità⁵⁴⁾ affinchè l'attore venga riconosciuto per erede fedecommissario del defunto e gli venga restituita l'eredità *cum omni causa*⁵⁵⁾. Siccome la restituzione del fedecommissario universale appartiene al fondamento dell'azione, se ne deve far menzione in questa, semprechè non possa esser presupposta come avvenuta, a causa di verificatasi impossibilità o *in contumaciam*⁵⁶⁾. È indifferente che la restituzione verbale sia fatta dal fiduciario stesso o soltanto dal suo erede, al fedecommissario o al suo erede⁵⁷⁾. Si applicano qui pure gli stessi principî che valgono per ogni altra petizione di eredità⁵⁸⁾. Essa può essere anche una particolare petizione di eredità, quando spetti all'attore soltanto una parte dell'eredità fedecommissaria ed anzi è da ritenere quale azione pretoria al pari della petizione possessoria di eredità⁵⁹⁾ r).

53) L. 1 D. h. t. *Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his, quibus restituta est hereditas. Nam quisquis suscepit restitutam hereditatem ex Senatusconsulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit.* Secondo il diritto delle Pandette facevasi distinzione se la eredità erasi verificata in base al Senatusconsulto Trebelliano o Pegasiano. Soltanto nel primo caso era fondata la *fideicommissaria hereditatis petitio*, perchè solamente in questo le *actiones hereditariae* passavano al fedecommissario. L. 27 § 7 D. *ad SCtum Trebellianum*. Se invece la restituzione della eredità erasi verificata *ex SCto Pegasiano*, il fedecommissario era riguardato come un *legatarius partarius* e perciò non poteva promuovere la petizione fedecommissaria di eredità. § 5 I. *de fideicomm. heredit.* Dopochè GIUSTINIANO § 7 I. *ead.* ebbe unito fra loro i due Senatusconsulti, la restituzione avviene sempre *ex SCto Trebelliano*. Vedi POTHIER, *Pand. Justin.* tom. I h. t. n. 1 nota a.

54) Contro il fiduciario non viene mai usata, come anche ULPIANO espressamente ricorda nella L. 3 § 1 D. h. t.

55) SCHMIDT, *Lehrbuch von Klagen und Einreden* § 584.

56) Per esempio, il fiduciario si è assentato o è morto prima della restituzione senza lasciare eredi: in questi casi ordina GIUSTINIANO, L. 7 § 1 Cod. *ad SCtum Trebell.* [6, 49] *ut ipso iure utiles actiones transferantur.* Vedi WESTPHAL, § 1709.

57) L. 3 pr. D. h. t. *Nec interest, mihi qui rogatus fuerit restituere, an ei, cui heres extiti. Et si bonorum possessor sim eius, cui fideicommissaria hereditas relicta est, vel alius successor, per hanc actionem experiri potero.*

58) L. 2 D. h. t.

59) D'altra opinione sono veramente Jo. Frid. BOECKELMANN in *Exercit. ad*

r) L'argomento si collega strettamente alia trattazione completa dell'istituto del fedecommissario su cui vedi la mia monografia nel *Digesto ital.* s. v. *Fedecommissario*. Si è

Pand. h. t. pag. 411 e COCCEJI in *Ius civ. controv.* h. t. qu. I. Ma si confronti il § 4 I. *de fideicomm. heredit.* e pr. I. *de perpet. et temp. action.* [4, 12]. Il fedecommissario universale è ivi pienamente equiparato ad un *bonorum possessor* anche in ciò che egli è soltanto *instar et loco heredis*. § 3 I. *de fideicomm. heredit.* Nov. 1 cap. 1 § 1. In generale riscontrasi una grande somiglianza fra la *bonorum possessio* e la *hereditas fideicommissaria*, come JOS. AVERANIUS, *Interpretat. iuris* lib. IV cap. 6 n. 5 seg., ha dimostrato. Con me concordano GER. NOODT, *Comment. ad Dig.* h. t. pag. 189 seg. e JO. GOTTL. HEINECCIUS *ad VINNI*, *Commentar* lib. IV tit. 12 ad princ. I. *de perpet. et temp. action.*

in dubbio circa la precisa rubrica dell'editto riguardo alla nostra azione. Quella del libro 5, tit. 6, è accolta come edittale dal LENEL, *Edict. perp.* § 68. Contro di ciò si fa valere da alcuno che l'editto si occupava di tutte le azioni pro e contro l'erede fedecommissario e si cerca perciò una rubrica più comprensiva. Cf. COGLIOLO in PADELLETTI, *Stor.*, pag. 508, nota c.

La pratica applicazione di questo titolo non si può verificare per noi che nel caso debba decidersi una controversia di petizione d'eredità fedecommissaria secondo leggi anteriori che riconoscessero i fedecommissari. Cfr. Cass. Napoli 8 giugno 1867 (*Gazz. N. XX* pag. 553). Ma oggi, come osserva anche TARTUFARI, op. cit., II, n. 394, non vi sarebbe più bisogno di ricorrere alla distinzione tra azione diretta ed utile.

APPENDICE DEL TRADUTTORE AI TITOLI DEL LIBRO V SULLA PETIZIONE D'EREDITÀ

La lacuna del nostro Codice sulla petizione d'eredità sarà certamente colmata in una futura revisione di questo. Credo pertanto utile presentare qui le norme su quell'istituto nelle due sole codificazioni odierne che non lo hanno trascurato.

CODICE CIVILE PEL REGNO DI SASSONIA (1863).

Libro V, Parte IV, Sezione V.

DELLA PETIZIONE D'EREDITÀ E DELLE AZIONI A TUTELA DELLE SINGOLE COSE EREDITARIE.

§ 2291. L'erede ha la petizione d'eredità (*Erbschaftsklage*) per il riconoscimento del suo diritto ereditario e la consegna dell'eredità contro ognuno che, asserendo di essere erede, gli trattiene totalmente o parzialmente l'eredità, ovvero che senza alcun motivo giuridico se l'arrogia in tutto o in parte. Valgono qui, in quanto non sia disposto diversamente, le norme relative alla rivendicazione (*Eigentumsklage*).

§ 2292. La petizione d'eredità spetta anche contro colui, il quale pel motivo che si ascrive un diritto ereditario, ovvero senza asserire alcun diritto, trattiene una cosa singola appartenente all'eredità, arrogasi un diritto spettante all'erede come tale, ottiene un diritto di agire contro un terzo per cose ereditarie, ha riscosso un credito appartenente all'eredità, come debitore dell'eredità ha ricusato all'erede il soddisfacimento del credito ovvero contradice alla consegna all'erede di un oggetto ereditario che trovasi in giudiziale custodia o nelle mani di un terzo.

§ 2293. Un coerede ha la petizione d'eredità in proporzione della sua quota ereditaria. Ove sia incerto l'ammontare di questa per il possibile pervenire di un nascituro alla successione ereditaria, devesi supporre frattanto la quota ereditaria che spetterebbe all'attore verificandosi un parto trigemino.

§ 2294. L'erede che promuove la petizione d'eredità deve provare la morte del suo autore e il proprio diritto ereditario. Richiedesi la prova dell'adizione dell'eredità, quando non si possa già ritrovare nell'esercizio della petizione d'eredità: specialmente quando l'adizione doveva avvenire entro un certo termine e questo è decorso. Inoltre l'attore deve provare che il convenuto possiede cose ereditarie o trovasi in una delle condizioni indicate nel § 2292. Quando sia provato che il convenuto possiede cose ereditarie, vien presunto che le possieda senza giuridico fondamento sino a tanto che egli non provi il suo diritto ereditario o un altro giuridico fondamento del suo possesso.

§ 2295. L'erede legittimo deve provare a dimostrazione del proprio diritto ereditario che le persone, senza le quali nè egli nè il suo autore avrebbero potuto esistere, in quanto queste, vivendo, secondo l'ordine di successione legittima lo escluderebbero, sono morte prima del relinquente o per qualche motivo non contradicono al diritto ereditario di lui. L'attore deve dare tale prova anche quando tali persone, qualora fossero in vita, erediterebbero insieme ad esso e questi sostiene un diritto ereditario in tale misura che potrebbe averlo soltanto in difetto di queste persone.

§ 2296. All'erede legittimo non incombe la prova che non vi sono eredi legittimi più prossimi o di pari grado, che potrebbero bensì essere esistiti, ma non già debbono essere esistiti. Se nondimeno sia provato che tali persone sono esistite, egli deve provare che non contradicono al suo diritto ereditario.

§ 2297. Non vi è bisogno della prova richiesta dai §§ 2295, 2296 per quelle persone, dalla cui nascita sono trascorsi novanta anni.

§ 2298. Se l'erede legittimo pretende la consegna di un'eredità presa giudizialmente in custodia niente altro ha da provare che quanto è prescritto nei §§ 2294 sino al 2297.

§ 2299. L'erede istituito in una disposizione di ultima volontà deve provare questa e la sua avvenuta dichiarazione in forma legale. Qualora il convenuto contesti la validità dell'ultima volontà, specialmente per la incapacità di compierla nel defunto o per incapacità dei testimoni o per la esistenza di una posteriore ultima volontà in cui la prima è stata revocata, incombe a lui l'onere della prova.

§ 2300. Se un'ultima volontà dichiarata per scritto davanti al tribunale o a un notaro o stragiudizialmente è andata perduta o fu distrutta prima della morte del relinquente, l'attore che deriva il proprio diritto da quest'ultima volontà deve pure provare la circostanza che il documento fu perduto per caso o è stato distrutto senza o contro la volontà del defunto.

§ 2301. Data la certezza del diritto ereditario dell'attore, il convenuto deve consegnare all'attore, in quanto questi sia successibile, le cose ereditarie che possiede, anche quelle procurate con danaro ereditario insieme alle pertinenze ed accessioni e cioè, semprechè non siasi agito per singole cose, in base ad un inventario fatto dinanzi al

tribunale o a un notaro o in base a un inventario che egli, su domanda, può confermare con giuramento. Deve pure restituire il guadagno fatto per mezzo del possesso di cose ereditarie.

§ 2302. Ove prima della notificazione della domanda al convenuto sieno perite o deteriorate delle cose, questi se era in buona fede niente ha da rifondere. Se era in mala fede, tanto se la perdita o la deteriorazione siano avvenute prima quanto dopo quella notificazione, deve rifondere ogni danno di cui si è reso colpevole o che è derivato da caso fortuito, semprechè non possa provare che questo avrebbe parimente colpito la cosa presso l'attore.

§ 2303. Se delle cose siano perite o deteriorate dopo la notificazione della domanda al convenuto, questi risponde senza distinguere se fosse in buona o in mala fede, per ogni danno da lui cagionato; ma pel caso fortuito, sotto la limitazione indicata nel § 2302, soltanto quando era in mala fede.

§ 2304. Se il possessore di buona fede abbia alienato o consumato cose ereditarie prima della notificazione della domanda, risponde solo in quanto siasi arricchito.

§ 2305. Se il possessore di buona fede abbia alienato o consumato delle cose ereditarie dopo la notificazione della domanda, deve rifondere il valore che la cosa aveva al momento della alienazione o della consumazione, anche quando in caso di alienazione il prezzo conseguito fosse minore. Se il prezzo ricavato dalla alienazione della cosa ammonta a più del suo valore egli deve pur cederlo. Ove nell'ultimo caso abbia riottenuto la cosa e fatto in ciò un guadagno ha la scelta o di consegnare la cosa col guadagno o il prezzo conseguito dalla alienazione.

§ 2306. Se il possessore di mala fede, tanto prima della notificazione della domanda quanto dopo abbia alienato cose ereditarie, quando l'alienazione fu necessaria o utile per l'eredità deve consegnare, a scelta dell'attore, o il valore che avevano le cose al momento dell'alienazione o il maggior prezzo ricevuto. Qualora l'alienazione non fosse necessaria, nè utile egli, a scelta dell'attore, deve consegnare la cosa coi frutti o il prezzo ricevuto o, in quanto l'attore non si vuol contentare, il valore che egli determina mediante giuramento: in ambedue gli ultimi casi coll'interesse del cinque per cento all'anno.

§ 2307. Se il possessore di mala fede tanto prima della notificazione della domanda quanto dopo abbia consumato cose ereditarie risponde per ogni danno da lui cagionato.

§ 2308. I frutti che furono percepiti da cose ereditarie prima della notificazione della domanda al convenuto, debbono essere restituiti dal possessore di buona fede in quanto esistono al momento di quella notificazione e, quando siano consumati a questo momento, in quanto egli siasi arricchito.

§ 2309. Il possessore di buona fede risponde per i frutti dal momento della notificazione della domanda e il possessore di mala fede dal principio del suo possesso secondo il disposto del § 309 ¹⁾.

§ 2310. Gli interessi che furono percepiti da crediti ereditari prima della notificazione della domanda debbono essere restituiti dal possessore di buona fede in quanto egli è obbligato alla restituzione dei frutti secondo il § 2308.

§ 2311. Il possessore di buona fede, dalla notificazione della domanda, e quello di mala fede dal tempo del suo possesso ereditario, son tenuti alla rifusione di tutti gli interessi che furono percepiti da crediti ereditari o che avrebbero potuto percepirsi se la eredità non fosse stata trattenuta all'attore.

¹⁾ Relativo alla rivendicazione.

§ 2312. I crediti che il convenuto, fosse in buona o in mala fede, ha acquistato per l'eredità debbono cedere all'attore. L'obbligo alla prestazione del loro interesse deve giudicarsi secondo i §§ 2310, 2311.

§ 2313. Se il possessore di buona fede, prima della notificazione della domanda, ha prestato danaro ereditario, ha la scelta o di cedere il credito all'attore o di rifondere il danaro. Se il possessore di buona fede, dopo la notificazione della domanda, o il possessore di mala fede abbiano prestato danaro ereditario, l'attore ha la scelta o di chiedere la cessione del credito o la rifusione del danaro.

§ 2314. Il convenuto, il quale deve restituire la eredità può pretendere il pagamento dei suoi crediti verso l'eredità, il rimborso delle spese per la sepoltura del relinquente e pel suo monumento in quanto queste spese corrispondono alla condizione e al patrimonio del defunto, la rifusione di ciò che ha impiegato pel pagamento di debiti ereditari o l'adempimento di legati o aspettative e la liberazione da obbligazioni che ha dovuto assumere per l'eredità.

§ 2315. Se il convenuto abbia fatto spese nelle cose ereditarie, qualora fosse in buona fede può ripeterle senza distinguere se siano state necessarie, utili o arbitrarie (*willkürliche*) e se abbiano avuto un successo durevole o soltanto transitorio; ma se era in mala fede può pretendere e indennizzo solamente per le necessarie e per le utili e arbitrarie ha il diritto di toglier (le cose) con la restrizione indicata nel § 316¹⁾ Il possessore di buona fede si deve considerare qui come di mala fede dal momento della notificazione della domanda.

§ 2316. La rifusione delle spese che ha fatto per i frutti può esser pretesa dal convenuto in quanto li abbia consegnati all'attore in natura o nel loro valore.

§ 2317. Riguardo alle spese e al diritto di togliere (le cose) si applica il disposto del § 318²⁾.

§ 2318. Colui il quale possiede in buona fede l'eredità, quando sia convenuto dall'erede per la consegna di singole cose ereditarie con altra azione che la petizione d'eredità, può pretendere che non sia condannato a più di quello che lo sarebbe se fosse promossa contro di lui la petizione d'eredità. Lo stesso diritto compete ad ogni altro per la cui evizione risponde il possessore di buona fede.

§ 2319. Quando la petizione d'eredità sia pendente, il convenuto può opporre l'eccezione della litispendenza contro ogni azione, con cui l'erede in base al suo diritto ereditario pretenda da lui singole cose ereditarie prima del termine della lite sull'eredità.

§ 2320. Se il convenuto sia prosciolto dalla petizione d'eredità, può respingere, riferendosi alla valida decisione della lite sull'eredità, qualunque azione con cui l'attore in base al proprio diritto ereditario pretenda da lui singole cose.

§ 2321. Se l'erede vuole agire con un'azione diversa dalla petizione d'eredità per una singola cosa ereditaria e per un singolo credito ereditario deve legittimarsi secondo il disposto del § 2394 sino al 2300.

§ 2322. Chi consegna l'eredità o qualche cosa che vi appartenga o fa un pagamento ad un erede che si sia legittimato come tale nel modo prescritto dal § 2294 sino al 2300, o colui che da una persona in tal guisa legittimata riceve un diritto o una liberazione riguardo ad una cosa o ad un credito spettante all'eredità mediante un atto oneroso,

¹⁾ Purchè senza danno della cosa principale.

²⁾ In via di eccezione contro la petizione d'eredità o mediante speciale azione.

820 APPENDICE DEL TRADUTTORE AI TITOLI DEL LIBRO V, ECC.

quando ignora che vi siano eredi poziori o con pari titolo, non è soggetto ad alcuna pretesa degli eredi che poscia compaiono e questi debbono lasciar che valga riguardo ad esso il fatto compiuto.

§ 2323. Chi mediante attestati di nascita e di morte esteriormente senza vizi prova di essere il più prossimo erede legittimo del defunto o dimostra il proprio diritto d'eredità mediante un atto scritto di ultima volontà esteriormente senza vizi può pretendere senz'ulteriore indagine sulla bontà del suo diritto ereditario, di essere immesso nel possesso dell'eredità.

PROGETTO DI UN CODICE CIVILE PER L'IMPERO TEDESCO.

(Edizione ufficiale Berlin u. Leipzig 1888)

Libro V, Sezione VI, Titolo VI.

DELLA PRETESA AD UN'EREDITÀ (ERBSCHAFTSANSPRUCH).

§ 2080. L'erede ha la pretesa alla consegna dell'eredità (petizione di eredità) contro colui, il quale in base ad un diritto ereditario che accampa gli trattiene una cosa ereditaria (possessore dell'eredità).

§ 2081. Come cose ereditarie nel senso del § 2080 sono da intendere pure:

1. le cose che al tempo della morte del relinquirente furono nel suo possesso o nella sua detenzione;

2. le cose che furono acquistate dall'erede in base ad un diritto spettante all'eredità o come indennizzo per la distruzione, il danneggiamento o la sottrazione di una cosa ereditaria;

3. le cose che il possessore dell'eredità ha acquistato mediante un atto giuridico relativo all'eredità o a un oggetto ereditario, specialmente per il ricevimento di una prestazione, in quanto l'atto giuridico sia efficace per l'erede o ratificato da questo; tale disposizione non si applica quando l'atto giuridico riferiscasi a cose consumabili che appartengono all'eredità;

4. gli utili di tutti gli oggetti ereditari, specialmente quelli delle cose, anche in quanto non rientrano nelle cose indicate sotto il num. 2.

§ 2082. Il possessore dell'eredità è tenuto a dare ragguaglio all'erede delle cose appartenenti all'eredità e della loro rimanenza.

§ 2083. In quanto il possessore dell'eredità non è in grado di far la consegna si applicano le disposizioni del § 739, del § 740 Sez. I e del § 741 Sez. II¹⁾.

§ 2084. Il possessore dell'eredità è tenuto alla consegna soltanto verso rimborso di tutte le spese.

Come spesa vale specialmente la estinzione di un debito ereditario.

§ 2085. Dal momento in cui il possessore dell'eredità ha acquistato conoscenza di non essere erede e, semprechè non l'abbia acquistata prima, dal cominciamento della pen-

¹⁾ Rifusione del valore delle cose o delle cose acquistate con esso avuto riguardo al cominciamento della litispendenza o a equivalente inizio della mala fede.

denza della pretesa ereditaria, per la consegna e la rifusione degli utili, per il rifacimento delle spese, per la responsabilità relativa alla conservazione e alla custodia si applicano quelle disposizioni che valgono per il rapporto giuridico fra il proprietario e il possessore dal momento della pendenza della rivendicazione (pretesa alla proprietà).

§ 2086. Le disposizioni dei §§ 934, 935 si applicano alla pretesa all'eredità ¹⁾.

§ 2087. Tanto riguardo al rifacimento delle spese, quanto riguardo al giudizio se esiste arricchimento viene in considerazione la eredità come una universalità.

§ 2088. Quando l'erede fa valere contro colui che può esser convenuto come possessore dell'eredità, la pretesa che gli spetta riguardo ad un singolo oggetto ereditario, questi può pretendere che le sue obbligazioni siano giudicate a norma delle disposizioni vigenti per la pretesa all'eredità.

§ 2089. Quando una persona dichiarata morta sopravvive al momento della dichiarazione di morte o la sentenza in base a cui avvenne la dichiarazione di morte è annullata in seguito all'azione d'impugnativa, si applicano le disposizioni del § 2074 ²⁾, e riguardo alla pretesa alla consegna del patrimonio della persona dichiarata morta le disposizioni vigenti per la pretesa all'eredità non meno che il disposto del § 888 ³⁾.

Lo stesso vale quando una persona, che senza dichiarazione di morte fu ritenuta morta, abbia sopravvissuto al momento che per la successione ereditaria è riguardato come momento della morte.

§ 2090. Quando una persona dichiarata morta sopravvive al momento della dichiarazione di morte o è morta prima di questo momento, vale come erede colui il quale lo sarebbe se questa persona fosse morta al momento della dichiarazione di morte, riguardo agli atti giuridici indicati nel § 2077 ⁴⁾, a vantaggio del terzo, anche senza presentazione di un documento di morte. Questa disposizione non si applica quando il terzo al momento in cui compieva l'atto giuridico ebbe conoscenza che il presunto relinquirente ha sopravvissuto alla dichiarazione di morte o è morto prima di questa o che la dichiarazione fu annullata in seguito ad azione d'impugnativa.

§ 2091. Se una istituzione d'erede sia impugnabile, l'erede istituito, avvenuta l'impugnativa, vale come erede riguardo agli atti giuridici indicati nel § 2077 da lui o rimpetto a lui compiuti, prima dell'impugnativa, a vantaggio del terzo, sia pure che questi al tempo della conclusione dell'atto giuridico avesse avuto notizia della impugnativa della istituzione in erede.

¹⁾ Mora dalla domanda giudiziale, a meno che non si tratti di delitto o atto illecito doloso. In questi casi subentra la più ampia responsabilità (§ 716), ma riguardo al caso fortuito con la restrizione che la cosa non sarebbe egualmente perita presso il proprietario.

²⁾ Diritto dell'erede di reclamare la restituzione di un irregolare documento ereditario.

³⁾ Esclusione della prescrizione acquisitiva a favore dell'erede apparente contro l'erede vero.

⁴⁾ Alienazioni, imposizioni di oneri, modificazioni di un diritto ereditario.

INDICE

LIBRO QUINTO.

TITOLO I. — *De iudiciis.*

§ 495. Diversi significati della parola <i>iudicium</i>	1
§ 496 e 497. Che cosa è processo? Differenza tra parti essenziali e formalità del processo	8
§ 498. Diverse specie e divisione del processo	10
§ 499. Che cosa è <i>litis contestatio</i> secondo il diritto romano e il diritto odierno?	24
§ 500. Varie divisioni della contestazione della lite	36
§ 501. Continuazione di queste divisioni	38
§ 502. Principi generali della contestazione della lite e della sua forma.	44
§ 503. Effetti della contestazione della lite.	45
§ 504. Ha luogo tuttora un cambiamento dell'azione dopo la contestazione della lite? Differenza tra cambiamento, miglioramento e dichiarazione dell'azione	64
§ 505. Persone principali del processo. Requisiti principali del giudice.	72
§ 506. I) Chi è incapace all'ufficio di giudice?	75
§ 507. II) Da chi si può attendere un imparziale giudizio?	77
§ 508. Dei mezzi contro un giudice sospetto	80
§ 509. III) Come si decide della competenza del giudice?	90
§ 510. Concetto e varie divisioni del fòro competente per ragioni di luogo.	94
§ 510 ^b . Del fòro che si può avere <i>ex persona alterius</i>	99
§ 511. Dei fòri del diritto comune A) generali I) <i>forum originis</i>	107
§ 512. II) Fòro del domicilio. Come viene stabilito un domicilio?	115
§ 513. Un <i>domicilium voluntarium</i> può essere costituito così espressamente come tacitamente	122
§ 514. In quali limiti è permesso un cambiamento di domicilio	126
§ 515. Qualità ed estensione del <i>forum domicilii</i>	133
516. B) Fòri particolari I) Fòro della connessione delle cause; 2) del contratto	139
517. Fòro derivante dal delitto.	148
518. Fòro della cattura	153
519. Fòro della situazione della cosa	158

§ 520. Fòro dell'intimazione dell'arresto e del sequestro	163
§ 521. Fòro della compiuta amministrazione	168
§ 522. II) Dei fòri privilegiati 1) Fòro delle persone degne di commiserazione	170
§ 523. 2) Fòro degli ecclesiastici	183
§ 524. 3) Fòro delle persone accademiche	217
§ 525. 4) Fòro dei soldati	220
§ 526. Fòro dei ministri e consiglieri del Principe e degli ufficiali di Corte.	231
§ 527. Collegi di giudici	238
§ 528. Subalterni del tribunale, specialmente attuari (cancellieri)	250
§ 529. Capacità di agire in giudizio	257
§ 530. In qual misura si può controvertere in giudizio intorno al diritto di un terzo, o esser convenuti per l'atto obbligatorio di un terzo?	262
§ 531. Dell'intervento in causa	265
§ 532. Quando taluno può esser costretto ad agire contro sua volontà?	272
§ 533. a) Della provocazione <i>ex lege diffamari</i>	275
§ 533. b) Della provocazione <i>ex L. si contendat</i>	288
§ 534. Determinazione dell'ordine, in cui più cause tra le stesse parti debbono esser trattate dinanzi allo stesso tribunale	296

TITOLO II. — *De inofficioso testamento.*

§ 535. Connessione di questo titolo col precedente	307
§ 536. Concetto di diritto ereditario, eredità (<i>hereditas</i>) ed eredi	308
§ 537. Una eredità è un' <i>universitas iuris</i>	319
§ 538. In quali limiti valga nelle eredità la regola <i>res in locum pretii et pretium in locum rei succedit</i>	321
§ 539. In che misura spetta alla eredità l'aumento e la diminuzione	325
§ 540. Cause della delazione di una eredità	328
§ 541. Si determina più precisamente il concetto di erede	330
§ 542. Concetto di ultima volontà, differenza fra testamento e codicillo.	332
§ 543. Eredi necessari e volontari. Origine di questa distinzione	335
§ 543 <i>bis</i> . Continuazione. Quali mutazioni ha introdotto la Novella 118 riguardo agli eredi necessari?	352
§ 544. Svolgimento più particolareggiato della dottrina della legittima 1) Concetto, ammontare, calcolo di essa	368
§ 545. II) Origine della legittima	403
§ 546. III) Privilegi legali della legittima	408
§ 547. Le disposizioni del testatore in pregiudizio della legittima non sono valide. Che cosa entra nel computo della legittima? Forse anche la porzione statutaria?	425
§ 548. In che misura contribuisce l'erede necessario al pagamento dei debiti ereditari? Può chiedere la legittima durante la vita del delinquente? Per qual titolo e su quali beni deve lasciare la legittima	436

§ 549. Trattazione di alcune questioni controverse relative al calcolo della legittima	446
§ 550. Differenti mezzi giuridici che spettano agli eredi necessari a causa della loro legittima	459
§ 551. Diseredazione e preterizione degli eredi necessari, suoi effetti, mezzi giuridici introdotti contro di ciò. Che cosa è un <i>testamentum inofficiosum</i>	498
§ 551 ^a . Effetti della preterizione e della diseredazione	565
§ 552. Diversi modi d'impugnare un testamento come inofficioso. Concetto della <i>querela inoff. testamenti</i> . Natura di essa	614
§ 553. Origine della <i>querela inofficiosi</i>	619
§ 554. A chi spetta la <i>querela inofficiosi</i>	625
§ 555. Quando ha luogo la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . A chi incombe la prova in questa azione?	642
§ 556. Contro chi è promossa la <i>querela inofficiosi</i> ?	650
§ 557. Fondamento e scopo della <i>querela d'inofficiosità</i>	656
§ 558. Efficacia dell'azione d'inofficiosità	673
§ 559. Ristretto uso della <i>querela</i> . Dannose conseguenze di un tentativo non riuscito di essa	685
§ 560. Casi nei quali ha luogo l'azione d'inofficiosità	694
§ 561. La <i>querela inofficiosi testamenti</i> è una vera <i>petitio hereditatis</i>	704

TITOLO III. — *De hereditatis petitione.*

§ 562. Concetto e specie diverse della petizione d'eredità. Prova della morte. Successione nel patrimonio di uno scomparso	706
§ 563. Chi promuove la petizione di eredità? Prova della spettanza del diritto di eredità	717
§ 564. Indole della petizione di eredità. In che misura deve essere considerata come azione mista?	727
§ 565. Contro chi ha luogo la <i>H. P.</i> ? Chi è <i>possessor pro possessore</i> ? Chi è da ritenere <i>pro facto possessore</i> ?	731
§ 566. Domanda e oggetto della petizione di eredità.	750
§ 567. Distinzione fra un <i>bonae</i> e un <i>malae fidei possessor</i> nella petizione d'eredità. In che misura il <i>b. f. possessor</i> mediante l'esercizio dell'azione contro di lui vien mutato in possessore di mala fede?	758
§§ 568 e 569. Distinzione fra il <i>bonae</i> e il <i>malae fidei possessor</i> . I) Relativamente alle cose in sè stesse appartenenti all'eredità	771
§ 570. II) Relativamente alla restituzione dei frutti e degli interessi	788
§ 571. Contropretese del convenuto	795

TITOLO IV. — *Si pars hereditatis petatur.*

§ 572. Carattere della petizione particolare d'eredità. Svolgimento dei casi che qui si verificano	799
--	-----

TITOLO V. — *De possessoria hereditatis petitione.*

- § 573. Concetto della *bonorum possessio* e determinazione dei casi nei quali ha luogo la petizione di eredità accordata dal pretore . . . 803

TITOLO VI. — *De fideicommissaria hereditatis petitione.*

- §§ 574 e 575. Natura di quest'azione. Contro chi ha luogo? . . . 813

- Appendice del traduttore ai titoli del libro V sulla petizione d'eredità
Codice civile del regno di Sassonia (1863). Libro V, Parte IV, Sezione V. Della petizione d'eredità ecc. 816
- Progetto di un Codice civile per l'impero tedesco. Libro V, Sezione VI, Titolo VI. Della pretesa ad un'eredità 820

INDICE ALFABETICO

DELLE MATERIE PRINCIPALI TRATTATE NEL PRESENTE VOLUME

A

Actio expletoria vel suppletoria . . .	461
Actionis denegatio et exceptio . . .	26 n. a
Agente diplomatico nel processo civile	98 n. a
Arresto personale nel diritto civile italiano.	166 n. a
Assenza e scomparsa nella petizione d'eredità	713 e n. e, 716 n. f
Azione. — Consumzione dell' a. nella litis contestatio	45 n. a

B

Bona et mala fides nella petizione d'eredità	758
Bonorum possessio contra tabulas . . .	580
» » decretalis	810
» » edictalis	810
» » unde vir et uxor	809
Buona fede del convenuto nella petizione d'eredità secondo il diritto civile italiano. 760 n. e	
» » Cessazione della b. f. nel convenuto nella petizione d'eredità secondo il diritto civile italiano.	769 n. d

C

Cancellieri giudiziari	251
» Verbali dei c. g.	253
Capacità di agire in giudizio	257
Causa. — Intervento in c.	265
Cause di diseredazione secondo la Novella 115.	508
Cautela di Socino	419 e n. i

Codice sassone sulla petizione d'eredità	816
Codice civile tedesco (Prog. di) sulla petizione d'eredità	820
Collegi di giudici	238
Competenza derivante dal sequestro nel diritto italiano	167 n.
Coniuge superstite. — Natura giuridica della quota d'usufrutto spettante al c. s.	354 n.
Contestatio litis. V. Litis contest.	

D

Deroga delle parti alla prima istanza.	94 n. a
Diritto ereditario. — Letteratura. 307 n. a	
» » Significato.	308
» » Necessario formale e materiale	337 n. c
Diseredazione	499 n. l
» — Forma della d.	547
» — Cause della d.	508
» — A buon fine 539, 543 n. s	
» — Effetti della d. e della preterizione	565
Domicilio. — Acquisto e trasferimento in diritto italiano 122 n. a e b	
» Trasmissibilità agli eredi 137	
» della moglie e del marito.	118 n. a
» dei figli.	119
» degli impiegati	122

E

Editto del pretore romano	11 n.
-------------------------------------	-------

Eredità (Petizione d'). V. Petizione.	
» — Delazione della e.	328
Erede, chi dicasi	316
» — in diritto italiano.	316 n. f
» — Unità di persona tra il defunto e l'e.	331 e n. a
Eredi necessari e volontari.	338
Exhereditatio bona mente facta 539, 543 n. s	
» » » » nel diritto comune e nel Progetto di Cod. civ. ted.	550 n. e

F

Fedecommesso reciproco in danno della legittima	414 n.
Ficta possessio nella petizione d'eredità.	741
Formula nel processo romano	10 n. a
Fóro della moglie	99 e 106 n. a
» del domestico.	100, 106 n. a
» dell'erede	104, 106 n. a
» delle persone accademiche.	217
» dei soldati.	220
» dei ministri e consiglieri del Principe.	231
» ecclesiastico. — Letteratura. 183 n. a	
» » — Storia	197 n. a
Forum originis	107
» domicili	115, 136 n. a
» continentiae causerum.	139
» contractus	140
» delicti.	148
» deprehensionis.	153
» rei sitae	158
» arresti.	163
» rei gestae	168 n. a
Fructus augent hereditatem nel dir. ital.	792 n.

G

Giudice. — Incapacità all'ufficio di g.	75
» sospetto	80
» Ricusa del g.	89 n. a
» Competenza del g.	90

H

Hereditas iacens	312 e n. d
Hereditatis petitio. V. Petizione.	

I

Indegnità di succedere nel dir. it. 508 n. a	
Interdictum quorum bonorum	459
Iudicium. — Diversi significati	5
Iuramentum perhorrescentiae.	83

L

Landsassiato pieno e meno pieno 121 n. a	
Legittima. 376 n. d, 393 n. e, 401 n. g.	
» h. i, 402 n. h, 405 n. o.	
» — Obiezioni odierne contro la legittima	406
» — Privilegi della l.	408
» — Computo della l.	426
» — Modo di lasciarla	439
» — Parte del diseredato	446
» — Del rinunziante.	452
Libelli mutatio	66 n. a
Litis contestatio. — Letteratura.	24 n. a
» » — Nei diversi sistemi procedurali romani	27 n. a
» » — Atto del processo in iure	29
» » — Nella straordinaria cognitio 32 n. a	
» » — Nel processo nostro	33 n.
» » — Eccezioni nella l. contestatio	35 n. a
» » — explicita, implicita generalis specialis	36
» » — solemnis, minus solemnis, implicita	37
» » — eventualis pura	38
» » — affermativa simplex et qualificata	39
» » — Forme procedurali della l. c.	44
» » — Consumazione dell'az. V. Azione.	
» » — Natura contrattuale	49 n. a
» » — Carattere di novazione	51 n. a

Litis contestatio. — Effetti della l. c.
in dir. rom. e
in dir. it. 53, 59 n. a

M

Milites caligati 221 n. a

N

Negativa temeraria 40

Nisi, secondo la interpretazione del
SERAFINI nella L. 25 § 17 D. de her.
pet. 5, 3 779 n. h

Novella 18. — Dispute dei bizantini
sulla N. 18 373 n. c

Novella 115. — Cause di disereda-
zione 508

» » — Rapporto col prece-
dente diritto ere-
ditario. 594 n. h, 598
n. l, 611 n. m.

Novella 118 riguardo agli eredi neces-
sari. 352

O

Ordo iudiciorum privatorum . . . 13 n. a

P

Parificazione dei figli di secondo letto
a quelli di primo letto nel dir. ted. 339

Personae miserabiles riguardo al fóro. 171

Petizione d'eredità. — Letteratura. 706 n. a

» » — Nel diritto fran-
cese e it. 707 n.

» » — Definizione 710 e n. b

» » — possessoria. 712, 808

» » fideicommissa-
ria 712, 813

» » partiaria 799

» » utilis. 735

» » — Prova della
morte del de
cuius nella p.
d'er. 712

» » — Rapporti con la
dottrina della

scomparsa e
dell'assenza
713 e n. e, 716 n. f

Petizione d'eredità. — Caratteri. . . . 727

» » — Non è azione
mista 729 n. m
756 n. b.

» » — Quanto all' at-
tore 717

» » — Prova del d.º
d'eredità 721

» » — Quanto al con-
venuto . 731, 795

» » — Oggetto 750

» » — Se tuteli il d.º
ereditario in
senso obiet-
tivo o subiet-
tivo . . . 750 n. s

» » — Caratteri della
buona fede
nel convenuto
758, 760 n. e, 769.

» » — Responsabilità
del convenuto
per le cose
ereditarie, pei
frutti e inte-
ressi 771, 776
n. 788.

» » — Miglioramenti 797 n. o

» » — Codice sassone
sulla p. d'er. 816

» » — Codice civ. ted.
(Progetto di)
sulla p. d'er. 820

Preterizione nel testamento 565

Processo romano. — Letteratura . . . 3 n.

» » — linee fondament. . . . 2 n.

» » — storia letteraria. . . . 5 n.

» » (storia del) nel dir. it. . . . 5 n.

» » (caratteri del nostro) 9 n. a, 20 n. a

» » (persone del) 72

» » provocatorio ex L. diffamari 275

» » — ex L. si contendat. 288, 295 n. d

Q

Querela inofficiosi test. 338, 614, 619,
625, 642, 650, 656, 673, 685, 621, n. p.

» inofficiosae donat. 470

» inofficiosae dotis 488

R		T	
Res in locum pretii et pret. in locum rei succedit.	321	Testamento inofficioso.	338 n. <i>e</i>
Riduzione delle donazioni secondo il Cod. civ. it.	478 n. <i>f</i>	» » — Mezzo giuri- dico della vedova contro il t. i. . . .	353
S		Tribunali speciali.	90 n. <i>b</i>
Scabini	246 n. <i>a</i> , 247 n. <i>a</i>	U	
Scomparsa dell'individuo	713 e n. <i>e</i>	Unità di persona tra defunto ed erede	331 e n. <i>a</i>
Stati dell'impero	212 n. <i>a</i>	V	
		Verbale del cancelliere giudiziario. . .	253

INDICE DELLE FONTI

(Sono registrati i passi del *Corpus iuris* riferiti in tutto o in parte dall'autore o dal traduttore o più specialmente annotati).

a) *Istituzioni.*

<p>LIB. II. — Tit. 1, <i>de rer. dis.</i></p> <p>§ 35 pag. 790 n. m</p> <p>Tit. 13, <i>de exher. liberor.</i></p> <p>§ 1 pag. 574 n. 44, 577 n. 50</p> <p>§ 3 571 n. 23</p> <p>§ 6 577 n. 61</p> <p>§ 7 583, 584 n. 34</p> <p>Tit. 14, <i>de heredib. instit.</i></p> <p>§ 2 pag. 315</p> <p>Tit. 18, <i>de inoff. testam.</i></p> <p>Pr. pag. 338 n. 20, 642</p> <p>§ 2 685</p> <p>§ 3 330, 463</p> <p>§ 6 386 n. 24</p> <p>Tit. 19, <i>de her. qualit.</i></p> <p>§ 3 pag. 312</p> <p>Tit. 20, <i>de legatis.</i></p> <p>§ 26 pag. 576 n. 55</p>	<p>Tit. 23, <i>de fideic. her. pet.</i></p> <p>§ 6 pag. 813 n. 46</p> <p>§ 7 813 n. 47</p> <p>Tit. 25, <i>de codicillis.</i></p> <p>§ 2 pag. 334.</p> <p>LIB. III.</p> <p>Tit. 1, <i>de hered. quas ab int. defer.</i></p> <p>§ 2 pag. 371, 574 n. 42</p> <p>§ 3 312</p> <p>Tit. 17, <i>de obl. quas quasi ex contr.</i></p> <p>Pr. pag. 51 n. a</p> <p>Tit. 10, <i>de bon. poss.</i></p> <p>§ 4 pag. 572 n. 33</p> <p>LIB. IV. — Tit. 6, <i>de action.</i></p> <p>§ 20 pag. 756 n. b</p> <p>§ 35 71</p> <p>Tit. 17, <i>de off. iudicis.</i></p> <p>§ 2 pag. 789, 790 n. 9 e m</p>
--	--

b) *Digesto.*

<p>LIB. I. — Tit. 3, <i>de legibus.</i></p> <p>L. 20 pag. 350</p> <p>L. 21 350</p> <p>LIB. II. — Tit. 1, <i>de iurisdicot.</i></p> <p>L. 10 pag. 78</p> <p>Tit. 11, <i>si quis caut.</i></p> <p>L. 10 § 2 pag. 56 n. 97</p>	<p>Tit. 22, <i>de fertis.</i></p> <p>L. 1 § 2 pag. 30</p> <p>LIB. III. — Tit. 3, <i>de procuratorib.</i></p> <p>L. 73 pag. 30</p> <p>LIB. IV. — Tit. 1, <i>Ex quib. causis.</i></p> <p>L. 30 pag. 315 n. 12</p>
---	---

LIB. V. — Tit. 1. *de iudiciis.*

L. 7	pag. 228
L. 12 § 2	8
L. 18 § 1	6, 261
L. 19 §§ 1, 2	105, 133, 141
L. 23	71
L. 30	58
L. 34	58, 105
L. 54	303
L. 62	143 n. 22
L. 77	79
L. 78	79

Tit. 2 *de inoff. testam.*

L. 1	pag. 356
L. 2	659, 578 n. 65
L. 5	338 n. 20, 640 n. 31, 659
L. 6 § 1	355, 618
L. 6 § 2	686
L. 7	686 n. 97
L. 8 pr.	640
L. 8 § 5	371 n. 93, 579 n. 68
L. 8 § 6	369
L. 8 § 8	369, 386, 396, 397, 449, 578 n. 66, 660
L. 8 § 9	468
L. 8 § 10	697 n. 41, 698 n. 45
L. 8 § 11	414 n. <i>g</i>
L. 8 § 12	686 n. 94
L. 8 § 13	615
L. 8 § 17	689 n. 10
L. 10	242, 558 n. 2
L. 10 § 1	697 n. 42
L. 12 § 1	697 n. 41
L. 12 § 2	697 n. 41
L. 14	621
L. 15 § 2	579 n. 67, 671
L. 16 pr.	669
L. 17 pr.	667, 578 n. 66
L. 17 § 1	683
L. 19	662
L. 21 § 2	675 n. 38
L. 22 pr.	654 n. 57
L. 23 pr.	633 n. 91
L. 23 § 2	669, 578 n. 66
L. 23 § ult	389
L. 24	671
L. 25 § 1	672
L. 28	684, 579 n. 69, 584 n. 98

L. 29	266
L. 29 § 3	627
L. 29 § ult.	161
L. 30 pr.	334
L. 31 pr.	630
L. 31 § 4	697

Tit. 3, *de hered. pet.*

L. 2	pag. 736 n. <i>r</i>
L. 5 pr.	783 n. 86
L. 5 § 1	725
L. 8	718 n. 97
L. 9-10	710 n. <i>b</i>
L. 11 pr.	737 n. 75, 759 n. <i>c</i>
L. 11 § 1	738 n. 76
L. 12	738 n. 76
L. 13	738 n. 76 e <i>t</i>
L. 13 § 8	737 n. 75
L. 13 § 12	732 n. 60 e <i>g</i> 738 n. <i>t</i>
L. 13 § 13	742
L. 13 § 14	744, 746, 748
L. 16 § 1	732 n. 59
L. 16 § 2	731 n. 57
L. 18 § 1	750 n. 21
L. 18 § 2	754
L. 19 pr.	752
L. 19 § 2	752
L. 19 § 3	754
L. 20 pr.	753
L. 20 § 2	785
L. 20 § 3	325 n. 59
L. 20 § 4	326
L. 20 § 6	322, 323 n. 50, 759 n. 40
L. 20 § 9	322
L. 20 § 11	57 n. 6, 763
L. 20 § 12	324, 786
L. 20 § 14	793 n. 27
L. 20 § 21	324 n. 54, 787
L. 22	321
L. 23 pr.	323
L. 25 § 2	744 n. 95
L. 25 § 5	767
L. 25 § 6	762
L. 25 § 7	57, 763, 765
L. 25 § 8	745 746 n. <i>x</i>
L. 25 § 9	745
L. 25 § 10	745
L. 25 § 11	775
L. 25 § 13	779
L. 25 § 14	779
L. 25 § 15	805 n. 20

L. 25 § 17	779 e n. h
L. 25 § 18	728, 756 n. b
L. 26 § 16	778
L. 27 § 1	753
L. 28	325 n. 53
L. 28 § 3	754
L. 30	794 n. 30
L. 31 § 3	764, 772
L. 33 § 1	787
L. 36 § 3	787
L. 40	764, 765
L. 40 § 1	791 n. m
L. 45	743, 745
L. 48	783
L. 52	753
L. 53	786
L. 55	326
L. 56	753

Tit. 4, *Si pars hered. petatur.*

L. 1 § 1	pag. 728, 800 n. 3
L. 1 § 2	800 n. 7, 803 n. 12
L. 1 § 3	801 n. 8
L. 1 § 4	802 n. 11
L. 1 § 5	803 n. 14
L. 2	805
L. 3	804 n. 17
L. 4	804 n. 18
L. 6 pr.	803 n. 13
L. 6 § 1	807 n. 26
L. 7	799 n. 2
L. 8	799 n. 1

Tit. 5, *de possess. hered. petit.*

L. 1	pag. 810
------	----------

Tit. 6, *de fideicom. heredit. petit.*

L. 1	pag. 815 n. 53
L. 3 pr.	815 n. 57
LIB. VI. — Tit. 1, <i>de rei vindic.</i>	
L. 8	pag. 801 n. 8
L. 25	743 e n. 41
L. 46	748
L. 47	748

LIB. IX — Tit. 4, *de noxal. action.*

L. 4 § 3	pag. 71
L. 26 pr.	749
L. 42	297

Glück, *Comm. Pandette.* — Lib. V.

LIB. X. — Tit. 2, <i>fam. ercisc.</i>	
L. 1 § 1	pag. 298
L. 2 § 1	354 n. 3

Tit. 3, *comm. divid.*

L. 18	pag. 70
-------	---------

LIB. XII. — Tit. 2, *de iureiur.*

L. 20 pr.	pag. 43 n. 76
-----------	---------------

Tit. 6, *de cond. indeb.*

L. 27	pag. 144
-------	----------

LIB. XIII. — Tit. 6, *comm. vel contra.*

L. 5 § 12	pag. 273
-----------	----------

LIB. XV. — Tit. 1, *de peculio.*

L. 3 § 11	pag. 48
-----------	---------

LIB. XXV. — Tit. 2, *de act. rer. am.*

L. 27	pag. 305
-------	----------

LIB. XXVII. — Tit. 10, *de curat. fur.*

L. 16	pag. 545 n. s
-------	---------------

LIB. XXVIII. — Tit. 1, *qui test. fac. poss.*

L. 1	pag. 334
------	----------

Tit. 2, *de lib. et post.*

L. 3 § 1	pag. 553
L. 3 § 2	558
L. 3 § 3	559
L. 3 § 4	559
L. 3 § 6	560
L. 4	556
L. 9 § 2	632
L. 8	560
L. 11	336
L. 14 pr.	561
L. 18	505, 544 n. s
L. 19	537 n. d, 556
L. 23 pr.	515
L. 23 § 2	555

Tit. 3, *de iniusto rupto test.*

L. 3 § 1	pag. 573 n. 41
L. 3 § 6	561
L. 5	563
L. 6 pr.	342, 375, 633

- L. 17 pr. 570 n. 20
 L. 19 562
- [Tit. 6, *de vulg. et pup. subst.*
- L. 16 § 1 pag. 503 n. 48
 Tit. 16, *de suis et leg. her.*
- L. ult. pag. 453
- LIB. XXIX.
 Tit. 2, *de acq. vel omitt. her.*
- L. 39 pag. 328
 L. 54 315
- LIB. XXX (*de legatis I*)
- L. 91 § 7 pag. 57 n. 1
- LIB. XXXII (*de legatis III*).
- L. 36 pag. 579 n. 70
- LIB. XXXIV.
 Tit. 9, *de h's quae ut iud.*
- L. 5 pag. 697 n. 41
- LIB. XXXV. — Tit. 1, *de cond. et dem.*
- L. 71 § 2 pag. 120 n. 30
- LIB. XXXVI. — Tit. 1, *ad S. C. Trebell.*
- L. 63 pr. pag. 814 n. 52
- L. XXXVII. — Tit. 4, *de b. p. c. t.*
- L. 1 §§ 2 e 5 pag. 574
 L. 4 § 1 633
 L. 4 § 2 584 n. 94
 L. 8 pr. 622
 L. 8 § 7 516
 L. 12 § 1 566 n. 6
 L. 16 545 n. s
 L. 18 pr. 553
- Tit. 6, *de collatione bon.*
- L. 1 § 21 pag. 372 n. 96
 L. 12 312
- Tit. 12, *si a par. quis manum.*
- L. 1 § 3 pag. 453
 L. 1 § ult. 454
 L. 2 497 n. 26, 498
- Tit. 10, *de carb. edicto.*
- L. 3 § 13 pag. 811
- LIB. XXXVIII. — Tit. 2, *de bon. lib.*
- L. 12 pag. 545 n. s
 Tit. 5, *si quid in fraud.*
- L. 13 pag. 371 n. 95
 Tit. 6, *si tab. testam.*
- L. 5 § 2 pag. 637
 L. 7 § 1 610 n. 89
- Tit. 16, *de suis et leg. her.*
- L. 3 § 11 pag. 575
- LIB. XL. — Tit. 4, *de manumis.*
- L. 59 § 1 pag. 305
- LIB. XLI. — Tit. 1, *de a. r. d.*
- L. 61 pag. 314
 L. 62 370 n. 37
- Tit. 2, *de acq. vel am. poss.*
- L. 17 pr. pag. 741 n. 42
 Tit. 3, *de usurp. et usuc.*
- L. 22 pag. 315
- LIB. XLII. — Tit. 1, *de re iudic.*
- L. 38 pag. 242
 L. 39 240
 L. 57 76 n. 53
- Tit. 5, *de reb. auct. iud.*
- L. 3 pag. 140
- LIB. XLIII. — Tit. III, *quod legator.*
- L. 1 § 8 pag. 754
- LIB. XLIV. — Tit. 2, *de exception.*
- L. 18 pag. 299
 Tit. 7, *de obl. et act.*
- L. 3 pag. 159
 L. 9 280 n. 92
 L. 21 140
 L. 33 54 n. 97
 L. 41 § 1 66 n. a
- LIB. XLV. — Tit. 2, *de duob. reis.*
- L. 2 pag. 47 n. u

LIB. XLVI. — Tit. 1, *de fideiussor.*

L. 28 (*Si contendat*) pag. 289

Tit. 2, *de novationib.*

L. 11 pag. 52

L. 20 52

L. 24 316

L. 31 47 n. a

Tit. 3, *de solutionib.*

L. 95 § 9 pag. 749

LIB. XLVII. — Tit. 8, *vi bon. rapt.*

L. 2 § 1 pag. 303

Tit. 10, *de iniuriis.*

L. 1 § 4 pag. 286

L. 5 78

LIB. XLVIII.

Tit. 2, *de accusat. et inscr.*

L. 11 § 1 pag. 523 n. 59

L. 20 56 n. 97

L. 22 223 n. 70

Tit. 3, *de cust. et exiib. reor.*

L. 9 223 n. 71

Tit. 20, *de bonis damn.*

L. 7 pag. 505 n. 66, 610 n. 89

LIB. XLIX. — Tit. 14, *de iure fisci.*

L. 35 pag. 306

Tit. 16, *de re militari.*

L. 4 § 8 pag. 223

L. 12 § 2 222

L. 16 228

Tit. 17, *de castr. pecul.*

L. 4 § 1 pag. 261 n. 95

LIB. L. — Tit. 1, *ad municipal.*

L. 1 § 2 pag. 110

L. 3-4 119

L. 5 121

L. 6 § 1 110, 118

L. 6 § 2 121

L. 9 110

L. 17 § 11 119

L. 17 § 13 121

L. 20 121

L. 22 § 1 100

L. 22 § 3 116 n. 8

L. 23 § 1 117 n. 13

L. 27 § 1 133 n. 41

L. 27 § 2 122

L. 31 126

Tit. 7, *de legation.*

L. 3 pag. 98

Tit. 16, *de V. S.*

L. 24 pag. 310

L. 39 § 1 436

L. 109 759 n. 39

L. 120 335

L. 190 111 n. 85

L. 203 123 n. 42

L. 208 309

L. 222 309

L. 239 § 2 121

L. 242 § 3 173

Tit. 17, *de R. I.*

L. 7 321

L. 58 49

L. 63 765

L. 86 59 n. 17

L. 104 205

L. 123 319

L. 138 315

L. 139 62 n. a

L. 193 315 n. 15

L. 196 106

c) *Codice.*

LIB. I. — Tit. 3, *de episc. et cler.*

L. 2 pag. 101

Tit. 4, *de episc. aud.*

L. 7 pag. 185

L. 8 185

Tit. 9, *de Judaicis.*

L. 7 pag. 203 n. a

Tit. 17, *de legib.*

L. 5 pag. 609

<i>Tit. 20, quando libellus.</i>		<i>Tit. 28, de inoff. testam.</i>	
L. 1	pag. 30 n. 28	L. 1	pag. 652 n. 39
L. 2	31 n. 29	L. 3	583
<i>LIB. II. — Tit. 1, de edendo.</i>		L. 5	687 n. 98
L. 3	pag. 25, 29, 66-67	L. 10	650 n. 37 e b
<i>Tit. 2, de in ius vocando.</i>		L. 12	412
L. 4 § 1	pag. 228	L. 14	685
<i>Tit. 41, in quib. causis.</i>		L. 16	685
L. 2	pag. 690 n. 14	L. 17	586 n. 99
<i>LIB. III. — Tit. 1, de iudiciis.</i>		L. 21	357
L. 3	pag. 298	L. 22	675 n. 41
L. 14	27, 32 n. a, 84 n. 86	L. 25	544 n. s
L. 16	87	L. 27	346
L. ult.	87	L. 28	579 n. 73
<i>Tit. 3, de pedan. iudic.</i>		L. 29	427 n. 38
L. 2	pag. 14 n. a	L. 30	644 n. 16
<i>Tit. 8, de ordine iudicior.</i>		L. 30 pr.	461, 592
L. 1	pag. 299	L. 30 § 1.	591 n. 15
L. 4	303	L. 31	381
<i>Tit. 9, de litis cont.</i>		L. 32	409 n. 87
L. un.	pag. 25, 29, 32 n. a	L. 33	591 n. 15
<i>Tit. 12, de appellat.</i>		L. 33 pr.	424
L. 1	pag. 302	L. 34	464, 604, 688
<i>Tit. 13, de iuris. omn. iud.</i>		L. 35 § 1	694, 696
L. 6	pag. 223	L. 35 § 2	463
<i>Tit. 14, quando imp. inter pup.</i>		L. 36 § 1	411 n. 93
L. un.	pag. 172	L. 36 § 2	688, 690 n. 15
<i>Tit. 15, ubi de crimin.</i>		L. 37 § 2	702 n. 65
L. 1	pag. 148	<i>Tit. 29, de inoff. donat.</i>	
<i>Tit. 20, ubi de heredit.</i>		L. 2	pag. 474
L. un.	pag. 161	L. 3	471
<i>Tit. 21, ubi de ratiocin.</i>		L. 5	477
L. 1	pag. 168, 169 n. 41	L. 7	481
<i>Tit. 24, ubi senatores.</i>		L. 8 pr.	482
L. 2	pag. 124 n. 43	L. ult.	473
		<i>Tit. 30, de inoff. dotib.</i>	
		L. 1	pag. 489
		<i>Tit. 31, de heredit. petit.</i>	
		L. 1	pag. 323, 794 n. a
		L. 2	735 n. r 790
		L. 7	728, 756 n. b
		L. 11	734
		<i>Tit. 32, de rei vind.</i>	
		L. 22	pag. 790 n. m
		<i>LIB. V. — Tit. 4, de nuptiis.</i>	
		L. 20	pag. 529 n. 92, 93

LIB. VI — Tit. 3, <i>de iure delib.</i>	
L. 22 § 1	pag. 656, n. 68
	Tit. 20, <i>de collation.</i>
L. 20	pag. 381, 429
	Tit. 23, <i>de testam.</i>
L. 10	pag. 80
	Tit. 24, <i>de hered. inst.</i>
L. 13	pag. 457 n. 65
	Tit. 28, <i>de lib. praeter.</i>
L. 1	pag. 560
L. 3	501
L. 4	569 n. 17, 577 n. 60
	Tit. 35, <i>de his quib.</i>
L. 1	pag. 781, 794 n. n
	Tit. 42, <i>de fideicom.</i>
L. 32	pag. 722, 723
	Tit. 51, <i>de cad. toll.</i>
L. 1 § 5	pag. 317, 331
	Tit. 58, <i>de legit. hered.</i>
L. 12 § 5	pag. 365

LIB. VII — Tit. 14, <i>de ingen. man.</i>	
L. 5 (<i>Diffamari</i>)	pag. 275
	Tit. 19, <i>de ordin. cognit.</i>
L. 5	pag. 297
	Tit. 32, <i>de acq. vel ret. poss.</i>
L. 16	pag. 768 n. 61
LIB. VIII — Tit. 48, <i>de adopt.</i>	
L. 5	pag. 627
L. 7	111
LIB. IX. — Tit. 3 <i>de exib. et tr. reis.</i>	
L. 1	pag. 223
	Tit. 31, <i>quando civilis actio.</i>
L. 1	pag. 304
LIB. X. — Tit. 31, <i>de decurionib.</i>	
L. 22	pag. 110
	Tit. 38, <i>de municipib.</i>
L. 3	pag. 110 n. 72
	Tit. 39, <i>de incolis.</i>
L. 2	pag. 125 n. 48
L. 4	121
L. 7	115, 124 n. 45

d) *Novelle.*

	L
Pr. § 2	pag. 346
C. 1 § 1	381, 814 n. 48
	VIII.
C. 12 § 1	pag. 224
	XVIII.
Pr.	pag. 382
C. 1	370
C. 2	381
C. 3	414 n. 2, 415 n. h
C. 8	41, 43, n. 78
	XXII.
C. 47	pag. 506 n. 75
C. 48	384
	XXXIX.
C. 1	pag. 382

	XLVIII.
Pr.	pag. 331 n. a
	LIII.
C. 6	pag. 354 n. n
	LXIX.
C. 1	pag. 153
	LXXXIII.
Pr. § 1	pag. 192 n. 42
	LXXXIX.
C. 12 § 3	pag. 375
	XCII.
C. 1	pag. 429, 486 n. 69
	CXII.
C. 1	pag. 267

	CXV.		CXVII.
C. 3	pag. 440, 531 n. 4, 534 548, 587, 589, 609, 610, 646	C. 1	pag. 416
C. 3 pr.	547 n. 47		CXVIII.
C. 3 § 8	524 n. 59	C. 3	pag. 357, 363
C. 3 § 11	527 n. 86	C. 4	364
C. 3 § 13	520 n. 43		CXXIII.
C. 4	440, 533, 548, 538, 589, 703	C. 8	pag. 193 n. 45
C. 5	464	C. 21 § 1	192 n. 41, 193 n. 44

e) *Autentiche.*

<i>Clericus</i> § 2 ad L. 33 C. de <i>episco.</i> 1, 3	pag. 207 n. a	<i>Excipitur C. de bonis quae liberis</i> 6, 61	416, 418
<i>Ex causa C. de lib. pract.</i> 6, 28	681	<i>Habita C. ne filius pro pa- tre</i> 4, 13	217 n. a, 218 n. 48

f) *Codice civile italiano.*

(Il primo numero indica l'articolo, il seguente o seguenti la pagina in nota del traduttore).

16	115	703	770
17	115, 116, 120, 122	704	797, 798
18	107, 118, 119	705	797, 798
19	123, 136	710	720
27	717	720	321, 329
39	716	725	508
49	717	726	514
97	168	758	313
134	721	759	321, 334
158	107	760	334
178	62	805	376
212	361	806	343, 361, 376, 396
226	719	807	345, 376, 393, 403
296	720	808	407, 409, 550
297	720	809	343
311	720	810	420
330	720	811	427
339	720	812	354
346	176	813	354
347	176	814	354
364	712	818	343, 431
380	329	821	425, 426, 438
439	742, 746	822	401, 426
450	798	823	472
693	797	826	425
701	761, 770	827	334
702	767, 770	849	120

879	321	1085	479
883	321	1090	479
885	717	1091	425, 472, 479
899	333	1092	479
912	108	1093	472
923	108	1096	420
924	712	1118	329
925	316, 797	1127	137
926	167, 316, 317	1147	795
927	167, 316	1148	774, 777
931	167	1149	776
933	316, 741, 746, 770, 775 776, 777, 967	1150	797, 798
934	316	1151	288, 761, 788
936	167	1219	774
944	108, 452	1298	774
945	452	1460	329
949	721	1582	732
954	329, 452	1875	59
980	313, 314, 720	1969	445
981	108, 313, 720	2047	713
982	313, 720	2096	166
983	313, 720	2097	166
1001	426	2098	166
1002	427	2099	166
1003	407, 433, 452	2100	166
1078	479	2101	166
1082	62	2102	166
1083	479	2103	166
1084	479	2104	166
		2125	61

g) *Codice italiano di procedura civile.*

(Vedi l'avvertenza alla precedente rubrica).

8-34	72	162-176	44
10	76	201	265, 266, 268, 270
37	44	202	265
63	251	203	265, 266
70	19	204	265
90	107, 115, 136	205	265, 266
91	139, 140, 158	332	107
93	137, 158, 159	333	107
94	108	335	107
95	136	357	239
97	130	359	239
161-131	89	388	239
134	68, 106	389	22
135	44	390	44
136	107	413	21
139	117	491-498	297
140	117	921	59
143	117		

