
SUL PROGETTO DI UN CODICE ITALO FRANCESE DELLE OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

Non apparirà inopportuno ritornare ora, dopo cinque anni dalla sua pubblicazione, su questo Progetto del Codice delle obbligazioni che, nella intenzione delle Commissioni che ne avevano curato lo studio, sarebbe dovuto servire come legge per l'Italia e la Francia. Nè a caso si può parlare di 'ritornare', poichè questo Progetto, mentre al suo primo apparire ha destato un vivissimo interessamento fra gli studiosi italiani e stranieri, e qualche polemica abbastanza vivace, da oltre due anni sembra caduto totalmente nell'oblio, e nessuna voce si è levata più in suo favore nè contro: solo qualche riferimento ad alcune disposizioni più importanti potrà trovarsi in qualche trattato di istituzioni anche recentissimo.

Eppure, se tramontato potrebbe forse oggi considerarsi questo ideale di unificazione legislativa, in questa branca importantissima del diritto, fra Italia e Francia, l'opera, che deve in gran parte la sua nascita al desiderio di dare forma concreta a tale aspirazione, non merita tale abbandono.

Gli scritti che ad essa hanno riferimento non sono stati molto numerosi, in compenso però sono, nella loro grande maggioranza, buoni, ed alcuni meritano veramente attento esame e considerazione. Le critiche sono state in qualche punto aspre, ma quasi sempre ispirate al giusto desiderio di contribuire al miglioramento di questa opera che, per la complessità ed importanza stessa della materia che si è voluta disciplinare, non può a meno dal contenere delle mende o difetti che un più attento riesame, che tenga presenti i vari inconvenienti lamentati, sarebbe indubbiamente capace di eliminare. In tutti questi scritti, anche in quelli meno

elogiativi e di contenuto polemico, non si è disconosciuta la importanza e la bontà del Progetto nel suo complesso, tanto che quasi tutti gli scrittori ne hanno auspicato la sollecita trasformazione in legge, il che molteplici elementi, non tutti forse facilmente identificabili, hanno sinora impedito. Questa constatazione rende pertanto evidente come il disinteresse, che da qualche tempo viene dimostrato nei riguardi del Progetto, non sia affatto meritato, e come quindi possa anche riuscire non superfluo un riesame degli scritti (elogiativi o critici) comparsi in Italia, fatto allo scopo di mettere in evidenza e dar ragione di quelle critiche che su determinate innovazioni introdotte dal nuovo Progetto sono state sollevate dalla grande maggioranza degli studiosi, e di quelle altre che, se pure isolate, non sono per questo meno meritevoli di un attento esame e considerazione.

Sarà così più facile ed agevole valutare quanto di veramente buono si trovi in questo lavoro delle Commissioni Italiana e Francese, e quanti punti invece vadano sottoposti a nuovo riesame nell'interesse del progresso scientifico, ma, soprattutto, per l'adeguamento migliore della espressione legislativa alle esigenze e necessità della pratica. Chè se poi, per mutate condizioni di ordine politico e di altra natura, non apparisse più possibile quella unificazione legislativa tra le due legislazioni Italiana e Francese, a cui hanno mirato le Commissioni che hanno formato il Progetto, non per questo il Progetto stesso potrebbe venir abbandonato: chè anzi la nostra Commissione per la riforma dei codici, libera ormai da quelle esigenze di collaborazione, che si ritiene abbiano in molta parte legato le mani ai nostri giuristi, che con quelli francesi hanno elaborato il Progetto, potrebbe attuare tutte quelle riforme che le esigenze della nostra scienza giuridica rendono necessarie, e che dalla grande maggioranza dei nostri studiosi sono state richieste ed auspiccate. L'opera legislativa che ne risulterebbe, anche se limitata al nostro Stato, non perderebbe sicuramente per questo di importanza e di utilità, nè sarebbe meno meritevole di considerazione da parte delle altre Nazioni.

I. Gli scritti che sono comparsi in Italia sul nuovo Progetto di un codice unico delle obbligazioni e contratti, possono essere distinti in due gruppi, tenendo presente l'oggetto della trattazione e delle critiche stesse.

Alcuni autori (ASCOLI, D'AMELIO, DE RUGGIERO, BETTI, DEgni, CANDIAN, MAROI, SCADUTO, SCIALOIA ecc.) hanno esaminato il nuovo progetto da un punto di vista generale e d'insieme, mentre altri (AZARA, CALLEGARI, MAGNO, MONTEL, RICCA BARBERIS, TEDESCHI ecc.) si sono invece fermati all'esame ed alla critica di singoli istituti. Mi sembra perciò necessario, per meglio riassumere e mettere in rilievo il pensiero ed il contributo di questi diversi scrittori, fermarmi ad esaminare distintamente gli scritti che hanno criticato (od elogiato) il Progetto nel suo insieme, e gli altri che solo all'esame (spesso incidentale) di singole norme ed istituti si sono voluti fermare.

In generale, la grande maggioranza ha avuto per il nuovo Progetto parole di vivo elogio; l'unica voce veramente discorde è stata quella del BETTI, le cui critiche per prime è necessario riassumere e, possibilmente, vagliare, tenendo presenti le acute e sagaci, per quanto non sempre giustificate, obiezioni che a lui sono state mosse da alcuni fra gli Autori del Progetto.

Le critiche del BETTI investono principalmente non tanto il Progetto nel suo insieme, quanto soprattutto l'opportunità, o, per meglio dire, le cause che ne hanno giustificato la formazione.

Vi è fra Italia e Francia si chiede il B. (*Riv. Dir. Comm.* 1929 I pag. 668 e *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1930 I, pag. 255) una identità culturale e di ambiente tale che valga a giustificare la compilazione di un codice unico per l'Italia e per la Francia?. "L'unificazione, per essere effettiva e vitale, deve rispecchiare una identità più profonda; identità dell'indole nazionale, identità della struttura economica e sociale, comunanza di cultura, di tradizioni, di ideali e di concezioni civili. Dove manca questa identità più profonda, ivi non è consigliabile unificare la legge „. Il B. si ferma ad esaminare particolarmente se una tale identità possa riscontrarsi, ma conclude che, ben lungi dal riscontrarla, tra i due popoli Italiano e Francese, non si può a meno dal notare sia la grande diversità di struttura economico sociale (l'uno, il francese, un popolo ricco ed essenzialmente conservatore; l'altro, l'italiano, un popolo povero ma con popolazione sovrabbondante, e perciò stesso portato all'espansione), sia la grande diversità degli scopi e delle aspirazioni che dalla diversità di struttura economica devono necessariamente derivare (il popolo francese mira con una 'politesse' che il B. chiamerebbe volentieri astuzia, a conservare la posizione di predominio già acquistata, mentre il popolo italiano mira ad acquistarsene una che gli consenta

di svolgere e valorizzare quelle energie umane che nel territorio insufficiente e povero, sono eccessivamente compresse ed ostacolate nella loro espansione.)

Posta così la questione, non può a meno dal notarsi (e questa è forse l'osservazione più importante che può essere mossa al B.) che dal terreno puramente giuridico si è passati in un campo essenzialmente politico ed economico. È vero che il B. mira appunto a dimostrare come lo scopo che ha indotto ad una unificazione del diritto delle obbligazioni tra Francia ed Italia sia uno scopo politico. Tale "convenienza politica", (*op. cit. Riv. Dir. Process.* pag. 259) avrebbe fatto sorgere nella mente dello SCIALOIA l'idea di un'unificazione legislativa tra i due paesi, riuniti allora da un vincolo di alleanza e di solidarietà per il raggiungimento di uno scopo comune, e tale convenienza, intuita e favoreggiata caldamente dagli studiosi ed uomini politici, avrebbe condotto, dopo circa dieci anni di studi e di elaborazione, all'attuale Progetto delle obbligazioni.

Ora, secondo il B., tale unione legislativa dovrebbe costituire sempre un *posterius* per l'avvicinamento di due nazioni, le quali dovrebbero prima essere unite da altri vincoli, quali trattati di amicizia e di commercio, con carattere più o meno decisamente politico. Solo quando un riavvicinamento completo economicamente e politicamente fosse già avvenuto si potrebbe iniziare una unione legislativa.

Nè a questo si ferma la critica sulla *opportunità politica* del nuovo Progetto, chè il B., pur ammettendo che una convenienza politica potesse esservi qualche tempo fa, ritiene e vuol dimostrare come essa sia venuta a cessare dopo i discorsi nel Parlamento, nel Senato, ed in varie città d'Italia, del Capo del Governo (1). Il B. dichiara che tali considerazioni valgono a dimostrare l'infondatezza dell'accusa mossagli dallo SCIALOIA, che le osservazioni, fatte nei precedenti scritti dal BETTI aveva ritenuto ispirate da un "miso-

(1) Le alterne vicende delle relazioni politiche tra Italia e Francia hanno dato alle parole scritte dal Betti a questo riguardo un contenuto di verità nel momento in cui furono scritte, ed in qualche altro periodo, anche meno lontano.

In questi ultimi tempi, il notevole miglioramento dei rapporti politici tra i due Paesi potrebbe forse fare ancora riflettere sulla *opportunità politica* di questa unione legislativa.

gallismo di vecchia maniera „, ma è pure evidente come a nessuno studioso del diritto possa venire in mente di seguirlo su un terreno sul quale al giurista è assolutamente vietato avventurarsi. Sia pure che di convenienza politica di una unione legislativa tra Italia e Francia non sia ora da parlarsi (tale questione non solo esaminata, ma non può venire qui neppure prospettata) ma non si può non badare al fatto che una schiera di valenti studiosi, alla cui autorità ed indubbia competenza il B. presta ossequio, si sono per oltre dieci anni affaticati per la compilazione di un Progetto, che regola una delle materie più interessanti e scabrose di tutto il diritto privato, progetto che si chiede venga ricevuto come legge del nostro Stato. Sulla utilità e convenienza di questo Progetto, come legge del *nostro Stato*, si è chiamati a discutere: il fatto che esso possa divenire legge anche di un paese a noi vicino, è questione che potrà interessare, e sempre nei limiti della scienza giuridica, gli studiosi francesi, ma che ci deve lasciare quasi indifferenti nell'esame esegetico e dommatico di quello che dovrebbe essere il futuro codice delle obbligazioni e dei contratti. Questo ha del resto intuito esattamente anche il B., il quale ha voluto fermarsi anche ad esaminare se le norme del progetto costituiscano un progresso nei confronti delle attuali norme che regolano la materia delle obbligazioni nel nostro diritto privato ed in quello francese.

“Le norme che il Progetto vorrebbe riconsacrare e perpetuare nel futuro codice civile, si chiede il B. (*Riv. Dir. Comm.* 1930 1, pag. 189 e *Riv. Dir. Process. Civ.* 1930 1, pag. 254), costituiscono davvero l'espressione genuina, caratteristica e definitiva del nostro genio nazionale; della nostra mentalità, della nostra tradizione giuridica; o di questa riflettono invece soltanto un atteggiamento transitorio e caduco, un atteggiamento, cioè, che circostanze puramente contingenti hanno potuto indurre fra di noi e fare apparire come rappresentativo della nostra mentalità giuridica? „

Il B. propende per la risposta negativa per le ragioni seguenti:

a) La commissione francese aveva poteri limitati nella riforma del diritto delle obbligazioni, quale è disciplinato nel codice Napoleone; la commissione italiana, accettando la collaborazione, si precludeva *ipso facto* la via per proporre od attuare riforme importanti e decisive, che, per quanto auspiccate dalla nostra dottrina e giurisprudenza, avrebbero in qualche modo violato quei confini entro i quali il lavoro della commissione francese doveva esser contenuto.

b) La dottrina francese, per essere molto meno della nostra progredita negli studi giuridici, non poteva accettare le riforme essenziali che i componenti la nostra commissione potevano proporre. Da ciò deriverebbe il fatto della permanenza nel nuovo progetto di istituti e disposizioni la cui abolizione dal codice civile era stata da tempo richiesta (ad es. l'istituto delle prove che dovrebbe venir incluso nel codice di procedura civile). I giuristi italiani avrebbero introdotto nel Progetto quelle sole riforme che, propugnate da giuristi francesi, erano anche bene accettate alla commissione francese.

d) Per salvare le apparenze, la commissione italiana avrebbe dichiarato di volersi attenere ai codici di tipo latino (quello di Napoleone e quello nostro del 65) senza pensare che tali codici potevano, se mai, rappresentare un punto di partenza e non già un termine di comparazione. Da ciò deriverebbe il fatto della riproduzione nel nuovo Progetto di norme contenute nel vecchio codice Napoleone e persino nel trattato delle obbligazioni del Pothier. Da tale vetusta seppur celebre opera del grande giureconsulto deriverebbero l'intelaiatura e le principali formulazioni contenute nel Progetto (il B. per dimostrare la verità di quest'ultima asserzione, propone di disporre in chiave in una tabella a tre colonne i numeri corrispondenti del *Traité*, del codice Napoleone o del nostro del 65, e del Progetto (op. cit. *Riv. dir. Process. Civ.* 1930 pag. 252).

Interessa esaminare attentamente questi singoli appunti, la cui gravità, per quanto non eccessiva come *prima facie* potrebbe apparire, è però sempre da tenersi in considerazione.

Una prima constatazione mi sia permessa: tutta questa critica è animata da uno spirito che, se altamente patriottico e come tale lodevole, non avrebbe dovuto prendere però sotto molti aspetti la mano al giurista. Questa seconda parte, dirò così, della critica del B. si riannoda ed è infatti una diretta derivazione della prima.

Come si sarebbe potuto pretendere che scopo dei giuristi italiani fosse stato quello di *defrancesizzare* il nostro codice, se, per la formazione di un codice, che dovrebbe esser comune, è bene non dimenticarlo, alla Francia ed all'Italia, essi avevano il compito di *collaborare* con insigni studiosi francesi, e non già *d'imporre* a costoro delle restrizioni ed il raggiungimento di scopi che si fossero appalesati in assoluto contrasto con lo spirito stesso della unificazione legislativa? Solo nel caso in cui l'unificazione legislativa non

avesse dovuto aver luogo, e questo appunto sarebbe il desiderio del B., sarebbe stato giusto pretendere che i nostri giuristi avessero mirato a fare un codice quanto più possibile originale, togliendo da esso, per quanto possibile, tutte quelle disposizioni che la nostra dottrina e giurisprudenza avevano condannato, ed imitando magari, è questo poi in fondo il velato desiderio del B., quelle disposizioni dei moderni codici Tedesco e Svizzero, che maggiormente si fossero rivelate meritevoli di attenzione.

Ma, anche qui, la critica del BETTI, per quanto ispirata dal legittimo desiderio che la nuova opera legislativa possa raggiungere la maggior possibile perfezione anche nei confronti dei codici moderni, non può non apparire alquanto eccessiva.

Ed invero perchè richiedere che: *sistematicamente* dovessero essere tolte dal nostro codice tutte quelle disposizioni di importazione francese derivate dal trattato di POTHIER o dal codice Napoleone, se veramente la loro applicazione non ha dato luogo ad inconvenienti tali da far ritenere necessario un tale assoluto ostracismo? In nessun campo quanto in quello legislativo occorre andar cauti nel far buon viso a nuove costruzioni e teorie, il desiderio della novità e della originalità non deve mai prender la mano al giurista, chè nessuna esperienza è più difficile e pericolosa di quella che si fa coll'applicazione di norme giuridiche. Nella lezione e nel trattato è possibile svolgere e sostenere nuove teorie e nuove costruzioni, ma queste non dovranno venir codificate se non quando si abbia la sicurezza (sempre purtroppo relativa in questo campo!) che la loro codificazione ed applicazione darà poi in pratica luogo a minori inconvenienti di quelli che si siano verificati nell'applicazione delle norme già vigenti. Criteri di opportunità e di prudenza consigliano poi, in ogni caso, di adattare, ogni qual volta sia possibile, le vecchie norme alle nuove esigenze, anzichè crearne delle nuove, nella cui applicazione ed interpretazione molto più facilmente potrebbero sorgere controversie e dubbi di difficile soluzione.

Ora, se da queste considerazioni non si sarebbe dovuto prescindere in una riforma isolata del nostro codice, a maggior ragione esse dovevano esser tenute presenti dai nostri giuristi, che avevano il delicato incarico di collaborare con studiosi di una nazione amica, nella quale tali nuove norme legislative si sarebbero dovute anche applicare. Le innovazioni diventavano per

questo stesso fatto ancor più difficili, in quanto esse dovevano venir approvate da un maggior numero di persone, formatesi, sia pure, a scuole diverse, ma che tutte erano compenetrata dalla difficoltà e responsabilità del lavoro loro affidato. Ad esse non può pertanto rimproverarsi il fatto che vecchie norme, già intuitedal POTHIER e codificate nel cod. Napoleone, siano rimaste immutate; questo solo fatto non è di per sè stesso una colpa; la critica, per essere veramente sana e giovevole, dovrebbe appuntarsi piuttosto sulla disposizione stessa, vecchia o nuova che sia, ponendone in rilievo i difetti e proponendone o la soppressione o gli emendamenti più opportuni. Solo in tal modo può veramente porsi in rilievo un vizio o difetto della riforma e l'emendamento proposto può, se giusto, essere attuato.

Ora, che nel Progetto vi siano delle ottime e sane innovazioni il B. lo riconosce (*Riv. Dir. Process.* 1930 I pag. 252) per quanto egli le chiami: "non felici innesti su un tronco antico", (Cod. Napoleone e Trattato del Pothier). Dunque il Progetto, nel suo complesso, non dovrebbe meritare una così acerba critica, tanto più, e questo è un fatto di indubbia gravità, che esso, in molte parti, si mantiene aderente a delle costruzioni giuridiche che hanno a loro favore millenni di esperienza ed una non indifferente mole di studi. Molto più gradito ed utile sarebbe leggere le impressioni ed i giudizi che uno studioso della tempra del B. potrebbe fare sulle singole parti e disposizioni che, secondo il suo giudizio, rappresenterebbero tutti quei difetti da lui tanto criticati e già più sopra brevemente riassunti.

II. Il D'AMELIO (*Riv. Dir. Comm.* 1929 I, pag. 669, 672), nel rispondere alle critiche del B., ha cercato di rettificare l'osservazione concernente i minori poteri che la commissione francese avrebbe avuto nei confronti di quella italiana. Facendo la storia del modo col quale, da parte francese, si giunse alla nomina della commissione che doveva collaborare con quella italiana, il D'AMELIO, ha insistito sulla affermazione che alla commissione francese furono riconosciuti poteri altrettanto vasti quanto quelli della commissione italiana, per essere stata anche essa nominata dal Governo Francese, dal quale direttamente aveva ricevuto (almeno in un secondo tempo) l'incarico per la collaborazione con gli studiosi italiani.

L'osservazione non persuase però il B., il quale ha risposto (*Riv. Dir. Com.* 1930 I, 184) mettendo in rilievo un altro fatto, che

indubbiamente ha la sua importanza, per porre in giusta luce l'atmosfera nella quale doveva svolgersi il lavoro delle due commissioni. Egli infatti osserva che, ammesso pure che alla commissione francese fossero stati dati ampi poteri dal Governo Francese, deve però sempre notarsi che questo non è fornito, come il nostro Governo, di una delegazione legislativa fattagli dalla Camera, e che, in ogni caso, la Commissione francese aveva ristretto il suo compito alla riforma di quella sola parte del codice Napoleone riguardante le obbligazioni ed i contratti. Da questo solo fatto deriverebbero delle conseguenze della massima importanza, in quanto tutte quelle norme che, poste sotto il titolo delle obbligazioni, interessano altre parti del codice, non potevano, sempre per i limitati poteri della Commissione francese, essere poste in discussione; i giuristi italiani dovevano di conseguenza piegarsi a queste esigenze, e limitare le innovazioni a quelle date parti e norme che nessun collegamento diretto potessero avere con altre parti e norme sulle quali la discussione non era permessa. Inconveniente anche questo derivante dall'erroneo presupposto che sia possibile procedere ad una vera riforma per parti separate e spezzettate.

Un codice, osserva il B., non deve essere puramente un insieme di norme riguardanti istituti diversi, e collegate tra loro materialmente in un unico libro, ma deve all'incontro essere un tutto organico ed omogeneo, concepito e studiato sotto direttive unitarie e le cui parti, anzichè indipendenti le une dalle altre, devono anzi possedere degli stretti legami; questi varranno appunto ad integrare le eventuali immancabili manchevolezze o dubbi, che nella pratica attuazione possono verificarsi, con precisi riferimenti al sistema unitario, di cui le singole norme non sono soltanto parti indipendenti, ma membra essenziali.

Ora, che un qualche esempio di questa mancanza di legame tra le nuove norme del Progetto e le altre del codice ci sia, non è dubbio. Il ROMANO in suo scritto (*Contributo allo studio delle opposizioni al pagamento*, Perugia, 1930) pone appunto in rilievo e commenta uno di questi casi, e precisamente quello della diversa efficacia delle norme contenute nell'art. 1242 Cod. Civ. francese ed art. 1244 Cod. Civ. italiano (riportati nell'art. 176 del Progetto) le quali, apparentemente identiche, hanno sostanzialmente diverso significato e valore se si pongono in relazione con le altre norme di legge che sono contenute nei codici italiano e francese (ROMANO *op. cit.* pag. 21 e 36).

Non è dubbio che altri esempi potrebbero risultare in una applicazione della legge; il rilevarli oggi con una semplice lettura delle norme non è cosa facile, ed a questo riguardo non si potrebbe certo dar colpa al B. per non avere documentato meglio questa parte della sua critica. La materia delle obbligazioni è senza dubbio la parte le cui norme hanno un vastissimo campo di applicazione, e vengono continuamente richiamate anche per la interpretazione di altre norme riguardanti istituti diversissimi.

Ma, anche a questo proposito, una domanda si impone: sono questi difetti talmente gravi da far considerare come una inutile fatica quella della redazione del Progetto di un codice delle obbligazioni? E, in ogni caso, deve farsi carico ai compilatori del Progetto del fatto di non aver tenuto conto di tali importanti osservazioni?

Per quel che riguarda la seconda domanda non credo che ad alcuno possa sembrar giusta o ragionevole una risposta affermativa, se si pensa che i nostri giuristi dovevano collaborare coi giuristi francesi, ai quali non era stato attribuito altro compito all'infuori di quello di riformare la parte del codice Napoleone riguardante le obbligazioni ed i contratti: è sempre quindi lo scopo della unificazione di questa parte del diritto quella che giustifica i diversi sacrifici od inconvenienti.

Quanto alla prima domanda, è ben difficile dare una risposta in un qualunque senso, poichè non si sa (nè lo si potrebbe conoscere) con precisione a quali inconvenienti, derivanti da questo difetto di organico coordinamento delle norme del Progetto con le altre del codice, l'applicazione pratica delle une e delle altre potrebbe dar luogo. Indubbiamente però questo difetto non è uno di quelli irrimediabili, chè anzi, se si bada alla lentezza con la quale il Progetto si avvia a diventare legge del nostro Stato, si ha ben motivo di temere (o di auspicare?) che, nel frattempo, la riforma delle altre parti del codice sia talmente avanzata, e l'esperienza sulla applicazione del nuovo Progetto, fatta a spese altrui in quegli altri Stati che intendono adottarlo, così sufficiente, da dare la speranza che gli inconvenienti lamentati o riscontrati possano in buona parte venire eliminati.

Che poi tra la redazione del Progetto e l'idea di una possibile unione od intesa politica tra Italia e Francia vi sia un nesso

abbastanza stretto, come il B. vuole insistentemente dimostrare in vari punti dei suoi tre scritti citati (a sostegno di questa sua opinione egli riferisce un passo del discorso tenuto dal BONFANTE per l'inaugurazione dell'anno accademico 1918-1919 nella R. Università di Roma), mentre tanto il D'AMELIO quanto lo SCIALOIA nei rispettivi art. cit. insistono per la negativa più assoluta, è cosa che, più che da dati obbiettivi, dipende dal fatto di esaminare sotto punti di vista del tutto diversi, e puramente subbiettivi, dei fatti e degli scopi non appariscenti, e perciò stesso non rigorosamente controllabili. In ogni ipotesi, essendo tale ricerca interamente fuori del campo giuridico, non può interessare il giurista; come non poteva interessare i compilatori del Progetto il fatto che la redazione di questo potesse preparare un terreno più adatto per la formazione degli Stati Uniti d'Europa giovando *ad maiorem Galliae gloriam*.

Le osservazioni sin qui fatte permettono di esaminare un pò spassionatamente l'altro punto sul quale il B. insiste, e sul quale invero l'accordo con i compilatori del Progetto non è certo possibile.

Lo SCIALOIA (op. cit. *Riv. Dir. Comm.* 1930 I, 191) osserva che non vi può essere dubbio che il progetto sia "italianissimo in quanto più del presente codice si avvicina alle fonti giustinianee che furono il fondamento del diritto comune europeo „.

Tale osservazione viene però criticata dal B. al quale l'equazione "romano dunque italiano „ sembra equivoca, in quanto alle fonti giustinianee è possibile avvicinarsi, per usare l'espressione del Betti, in vari modi, e ad esse si avvicina indubbiamente molto anche il codice tedesco, attraverso però la elaborazione che del diritto romano hanno fatto i pandettisti. Il nuovo Progetto invece, anzichè attraverso questa elaborazione, si accosterebbe, sempre secondo il B., alle fonti romane attraverso la elaborazione degli scrittori francesi, quale risulta dal Trattato del Pothier. Ambedue i codici si avvicinano quindi al diritto Romano, ma quale è più.... italiano dei due?

Ora, al riguardo, non può non notarsi che, se pecca un pò di enfasi, l'affermazione dello SCIALOIA (il Progetto non può certo meritare il titolo di "italianissimo „, solo perchè, per talune norme si è creduto opportuno dai giuristi di entrambi i paesi riavvicinarsi un pò più alla formulazione ed al sistema seguito nella compilazione giustiniana), così eccede un pò nella sua critica il B. per il fatto di ritenere che, solo perchè il Progetto ha seguito in molte parti la intelaatura ed il sistema del Trattato del Pothier, non possa consi-

derarsi nè italiano, nè all'altezza della coscienza nazionale e della moderna scienza giuridica.

Il Trattato del Pothier non è stato infatti imitato dai compilatori del Progetto con quel feticismo che le parole del B. vorrebbero fare apparire, nè, d'altra parte, il Pothier è creatore di un diritto nuovo, ed in questo le obbiezioni dello SCIALOIA e del D'AMELIO sembrano fondate, così da far ritenere che coloro, che di alcune, o di molte formulazioni contenute nella sua opera si sono serviti, abbiano fatta opera antinazionale, imitando modelli stranieri. In ogni caso, poichè queste ed altre osservazioni del B., più che critiche vere e proprie del Progetto, rappresentano delle impressioni eminentemente soggettive e personali, mi sembra inutile dilungarmi ancora sull'esame di esse, lasciando al lettore ed al... tempo il giudizio sulla loro importanza e fondatezza.

III. Fra gli altri scritti che si sono occupati del Progetto in modo generale, studiandone, vale a dire, l'opportunità ed i difetti che esso presenta nel suo insieme, in Italia, all'infuori di quelli, troppo compendiosi, del BETTI, dello SCIALOIA, e del D'AMELIO già esaminati, e degli altri, alquanto più diffusi, dello SCADUTO, del DE RUGGIERO e del MAROI, ben pochi ne sono apparsi che, in modo veramente esauriente (come invece è avvenuto per il Progetto del Codice Penale, per quello di Commercio e di Procedura Civile) abbiano avuto per scopo una esegesi veramente critica delle fondamentali innovazioni che il nuovo Progetto delle obbligazioni contiene. Il ricercare le cause di questo disinteresse mal celato della nostra miglior dottrina civilistica non è compito di queste brevi note, solo non può a meno dal rilevarsi come all'Estero il Progetto stesso abbia destato un interessamento indubbiamente maggiore, anche in Nazioni dove la nostra letteratura giuridica è generalmente in gran parte ignorata o poco conosciuta (cfr. gli scritti contenuti nell'Annuario di Diritto Comparato Vol. IV e V parte I°).

In ogni caso, sarà bene dare un breve cenno delle diverse note e studi che sinora sono apparsi presso di noi, in modo che si abbia una idea, il più possibile completa, di tutta la elaborazione dottrinale che, intorno al nuovo Progetto, si è avuta in Italia.

Uno, fra i primi studii apparsi dopo la pubblicazione del Progetto, è quello dell'ASCOLI (di quello dello SCIALOIA, in *Nuova Antologia* 1927 IV pag. 77, basterà solo far cenno, in quanto esso, per quanto

degno di nota, è anteriore alla pubblicazione del Progetto, e spiega solo i motivi che hanno consigliato questa unione legislativa relativamente alla parte delle obbligazioni, e che consiglierebbero l'unificazione legislativa anche per altre parti non meno importanti del nostro diritto privato.)

L'ASCOLI, che ha fatto parte della Commissione Italiana per la redazione del Progetto, non può non lodare, e giustamente, l'iniziativa ed il risultato che si è ottenuto. Nella sua breve nota (ASCOLI: *Il nuovo Codice delle obbligazioni e dei contratti* Riv. Dir. Civ. 1928, pag. 62 e 67 cfr. pure ASCOLI: *L'unificazione del diritto delle obbligazioni* in *Monitore Tribunali*, 1929, pag. 1 e segg.), dopo un breve cenno dei precedenti del Progetto in Italia ed in Francia, Egli si ferma brevemente sulle principali innovazioni introdotte dal nuovo testo (quelle specialmente in materia di atti illeciti, art. 74 e segg., ed azione generale di lesione, art. 22) che costituirebbero un reale progresso della norma legislativa civile. L'A. vuole soprattutto porre in rilievo la impossibilità di introdurre "novità rivoluzionarie", nel campo delle obbligazioni, le cui norme fondamentali, tramandateci dal Diritto Romano, e conservatesi immutate nella loro sostanza attraverso millenni di esperienza e di studi, costituiscono ancora la *ragione scritta*. Quest'opera legislativa, osserva l'A., alla formazione della quale hanno partecipato giuristi di due nazioni diverse, non è affatto una transazione od un compromesso tra due concezioni nazionali diverse, ma è un'opera fatta in *collaborazione*, senza pregiudizi o preconcetti campanilistici, che, d'altra parte, non sarebbero stati consentiti dalla materia sulla quale si è lavorato, e tendente al fine unico di codificare le grandi linee ed i principii fondamentali del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti civili. A questi scopi sono ispirate le norme innovatrici sulla prescrizione, sulla cessione dei crediti (le cui norme sono state trasportate nella parte generale), sulla ammissibilità di titoli di credito puramente civili, sulla disciplina del contratto di lavoro, colonia parziaria, società etc. e le nuove norme sul pegno di cose corporali ed incorporali. Il progetto a questo riguardo non può venir considerato come un puro e semplice *ritocco* delle vecchie norme del codice Napoleone e del nostro codice civile, ma come una vera e propria *riforma completa*, alla quale non dovrebbe mancare l'approvazione dei poteri dello Stato e della pubblica opinione.

IV. All'esame del Progetto da un punto di vista d'insieme è anche dedicato uno studio del MARGHERI A. (*Intorno al Progetto del Codice delle obblig. e contratti*) in Riv. Dir. Comm. 1928, I, pag. 293 a 302.

Il M. elogia il Progetto per avere conservato la tradizionale distinzione tra norme di diritto civile e norme di diritto commerciale, rifiutando quella tendenza che, in qualche paese estero (Svizzera), ha condotto alla compilazione di un codice unico delle obbligazioni civili e commerciali. Ravvisa però un certo qual ibridismo nel Progetto per il fatto che in esso sono contenute alcune norme che vengono poi anche accolte, con leggere modificazioni, nel Progetto del codice di commercio (ad es.: norme sulla manifestazione del consenso tra persone lontane, sul regime monetario, ecc.); e pone in rilievo la necessità di un rigoroso coordinamento delle norme contenute nei due Progetti, allo scopo di evitare contraddizioni ed antinomie.

Venendo poi all'esame dettagliato di singole norme ed istituti, pone in rilievo una *inesattezza* di posizione nella quale incorre il Progetto nel regolare in luoghi differenti gli effetti della promessa unilaterale (art. 4 del Progetto), ed una *deficienza* per non avere compreso tra i mezzi di prova anche gli ultimi ritrovati della scienza radiotecnica, oggi così sviluppata.

Al M. appare opportuna la norma che contiene le sanzioni contro i patti usurari, per quanto gli sembri necessario consigliare al giudice una oculata valutazione delle diverse circostanze che possono aver consigliato la stipulazione di un tasso di interesse superiore al normale (ad es.: prestiti a cambio marittimo, elevatizza del rischio cui si espone il mutuante, ecc.).

Al M. sembra anche buona la formulazione dell'art. 323 del Progetto, che dichiara semplicemente *annullabile* la vendita di cosa altrui, non egualmente invece ravvisa opportuna, almeno per diritto civile, la norma dell'art. 636, dove, accanto alla figura del mutuo *reale*, si disciplina la figura della "promessa di dare a mutuo". Con tale ultima innovazione si sarebbe verificata, secondo il M., una estensione di norme tipicamente commerciali nella materia civile.

L'appunto non appare invero troppo fondato, se si pensa alla diffusione ed alla indubbia importanza che la promessa di mutuo ha anche nel diritto civile, giustamente quindi la sua regolamentazione doveva trovare posto in un Progetto per un codice delle obbligazioni.

Il M, critica, e mi sembra giustamente, l'art. 649 del Progetto, che trasforma in *mutuo* un contratto che la dottrina civilistica aveva considerato come *deposito*, in quanto la custodia era sempre stata considerata come elemento essenziale e predominante. Egli auspica pertanto che la regolamentazione di un tale istituto venga lasciata interamente al diritto commerciale, e termina questo suo breve studio ponendo in rilievo l'importanza ed il valore di questo Progetto "che onora i giuristi i quali lo predisposero, e che costituisce un ottimo saggio della unificazione legislativa imposta dalla vita moderna „.

V. Carattere puramente espositivo ed elogiativo ha invece l'articolo del DEGNI F. (*La solidarietà umana nella rinnovazione del diritto civile*) Riv. Dir. Comm. 1929, I, pag. 145 a 161 (1).

Da una prolusione non può certo pretendersi uno studio accurato ed una critica profonda ad un'opera dell'importanza del Progetto, e questo varrà a spiegare il carattere piuttosto vago ed incerto di molte osservazioni elogiative che il D. fa, e la mancanza assoluta di critiche, che pur tuttavia il D. riconosce necessarie a molte parti del Progetto.

Secondo il D., e vedremo che questo è anche il parere di altri studiosi, il nuovo Progetto di un codice unico Italo-Francese delle obbligazioni contiene delle profonde *innovazioni*, che hanno trasformato radicalmente quelli che si ritengono i principi informatori sia del nostro codice civile che di quello Napoleone.

Su queste innovazioni il D. dichiara di voler fermare la sua attenzione, e, fra esse, pone innanzi tutto in rilievo il nuovo principio, accolto nel Progetto all'art. 60, dove viene sancita la obbligatorietà della semplice promessa unilaterale, e l'altra importantissima innovazione dell'art. 25, che permette al giudice di trasformare in definitivo, mediante la sentenza, un contratto la cui conclusione sia stata semplicemente promessa. Il D. riconosce che in questo modo si fa uno strappo alla logica *astratta* del diritto, ma ritiene che la disposizione meriti elogio poichè tutela la buona fede, imponendo una norma di condotta che è più conforme alla solidarietà umana.

(1) Tale articolo costituisce la prolusione tenuta dal DEGNI al corso di diritto civile nella R. Università di Messina il 3 Dicembre 1928.

Così pure il D. ritiene siano da approvarsi le norme del Progetto che riguardano la cosiddetta "responsabilità senza colpa", (art. 74 a 78). Egli si ferma ad esaminare alcuni inconvenienti ai quali ha dato luogo la rigida applicazione del sistema accolto nel nostro codice civile, e le principali argomentazioni addotte dalla dottrina per attuarne la modifica, giungendo alla conclusione che il sistema seguito dai compilatori del Progetto è in sostanza buono e rafforza il sentimento della solidarietà umana.

Nel paragrafo IV° del suo studio il D. accenna brevemente alla questione sulla risarcibilità dei danni morali, schierandosi tra coloro che una tale risarcibilità hanno ammessa, ed approvando di conseguenza il disposto dell'art. 85 del Progetto, che accorda al giudice la facoltà di ordinare un tale risarcimento, non solo a favore della vittima, ma anche dei parenti, affini e del coniuge per il dolore sofferto in caso di morte della vittima stessa.

Nel paragrafo V° si occupa invece della norma dell'art. 22 del Progetto, colla quale si dichiara la annullabilità dei patti usurari. Il Degni, che una tale annullabilità ha ammessa anche *de iure condito*, nonostante il principio consacrato all'art. 1831 Cod. Civ., non può non approvare una norma la cui adozione porrebbe un termine al ripetersi di inconvenienti e di ingiustizie. Si impedirebbe così alla nostra giurisprudenza di continuare, anche per il futuro, a fare buon viso e sancire la validità di contratti usurari, tutte le volte in cui non è possibile al danneggiato provare che a tale contratto egli ha prestato il suo assenso sotto la minaccia di un male, consistente in un atto positivo e proveniente dall'altra parte. Il D. cita al riguardo le disposizioni contro l'usura contenute nelle principali legislazioni straniere, ritenendo che il sistema attuato nel nuovo Progetto sia il migliore, in quanto dà al giudice la facoltà, non solo d'annullare il patto usurario, come disponeva il Progetto Gianturco, ma quello di annullare l'intero contratto, il che potrebbe meglio convenire all'altra parte, contro la quale si sperimenta l'azione (Cfr. più avanti nella recensione al MAROI pag. 95, al DE RUGGIERO pag. 103, ed al MONTEL pag. 116 e segg. le non poche osservazioni che sulla portata ed efficacia di questa norma è necessario fare).

Conclude quindi il D. questo suo studio ponendo in rilievo il grande progresso che una tale opera legislativa segna per l'Italia e per la Francia. Ad essa possono esser mosse delle critiche per diverse mende e manchevolezze, che facilmente possono riscontrarsi

(il D. cita come esempio quella della mancanza di un assetto delle obbligazioni naturali, fra le quali dovrebbero venir compresi alcuni doveri morali: specialmente quello del padre di dotare la figlia, e quello del divieto del patto commissorio, che dovrebbe essere esteso a tutti i contratti, e non limitato al solo contratto di pegno), ma all'esame di queste deficienze il D. dichiara di non essersi voluto fermare, in quanto ha inteso fare una esposizione e non una critica.

VI. All'esame della parte generale del Progetto dedica il MAROI F. un accurato e diligente, per quanto necessariamente sommario e riassuntivo, studio dal titolo: "*Il Progetto Italo-Francese delle obbligazioni*", (pubblicazione della Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Modena, 1928).

Anche questo studio però, più che un esame veramente obiettivo del Progetto (non deve dimenticarsi che il M. faceva e fa parte della Commissione Reale per lo studio della riforma dei codici e per la compilazione del nuovo Progetto: cfr. Relazione del Progetto pag. XXXII nota I) contiene una spiegazione, più ampia e completa di quella contenuta nella Relazione che precede il Progetto, delle finalità che i compilatori si sono proposte, e, soprattutto, delle più importanti innovazioni che sono state introdotte. Inutile quindi il ricercare in questo studio delle osservazioni critiche, chè scopo dell'Autore è stato quello di porre in rilievo l'importanza e la perfezione degli scopi raggiunti, e non quello di rilevare manchevolezze o dubbi, che le norme contenute nel Progetto, come in generale quelle contenute in ogni opera legislativa, presentano sempre in misura maggiore o minore, a seconda dei principî ai quali i compilatori si sono ispirati, e della via da essi seguita per il raggiungimento e la realizzazione dell'ideale di giustizia, purtroppo sempre vago e mutevole.

Il M. pone in rilievo nel suo lavoro le direttive e gli scopi che i componenti la commissione italiana e francese si erano proposti nell'opera di riforma, per far sì che il nuovo Progetto, pur non discostandosi dal tipo e dai caratteri dei vecchi codici a tipo latino, potesse realizzare quelle riforme che i bisogni di una civiltà molto più progredita rendevano ormai indispensabili. Nessuna radicale riforma, nessun sostanziale cambiamento, nessuna sistematica innovazione è stata ritenuta necessaria per il raggiungimento di

questi fini. Era solo necessario “ammodernare”, alcune norme che nel nostro codice erano state trasfuse dal codice Napoleone, od in quest’ultimo attraverso il diritto *coutumier* e le dottrine del DOMAT, POTHIER ecc. (pag. 7). Questo spiegherebbe il perchè non è stata introdotta una parte generale, a simiglianza dei codici di tipo germanico, in cui comprendere tutte quelle norme relative alla capacità, dichiarazione di volontà, ecc., norme che invece sono state lasciate dai compilatori del Progetto sotto il titolo delle obbligazioni.

Innovazione di altissimo valore sarebbe invece quella risultante dalla soppressione della enumerazione delle cause o fonti delle obbligazioni. È apparso partito migliore, osserva il M., quello di lasciare arbitra la dottrina di affrontare l’arduo tentativo di una tale elencazione delle fonti, e troncane in tal modo tutte queste discussioni sull’art. 1097 Cod. Civ., per stabilire se esso contenga una enumerazione tassativa capace di vincolare l’interprete.

Degna di rilievo e di encomio ritiene il M. la nuova definizione di contratto contenuta nel Progetto, la quale è comprensiva di qualsiasi convenzione, capace non solo di effetti giuridici obbligatori, ma anche traslativi e costitutivi di diritti reali. Per la conclusione dei contratti, è stato ritenuto opportuno accogliere il principio cosiddetto della “cognizione”, (*Recognitionstheorie*), con delle particolari attenuazioni consigliate dalla pratica degli affari, mentre si è ritenuto opportuno non accogliere il principio, strenuamente difeso dal Bonfante e dal Candian, che la proposta di contratto resti in vigore in ogni caso, nonostante la morte o la sopravvenuta incapacità del promittente. Al M. tali innovazioni appaiono giuste, ed Egli s’indugia infatti a spiegare le varie norme contenute nel Progetto, anche per quel che riguarda la *promessa di ricompensa al pubblico*, che viene considerata come una vera e propria proposta di contratto a persona indeterminata.

Nel paragrafo 7, il M. si sofferma a difendere, contro le critiche del Vassalli, il disposto degli art. 10 e 11 del Progetto che ha introdotto la distinzione tra requisiti di esistenza e requisiti di validità dei contratti, e nel paragrafo 8 si sofferma all’esame del disposto del tanto discusso art. 22 del Progetto, riportando a commento di questa norma alcune frasi del D’Amelio.

La disposizione avrebbe meritato invero maggiori difese, chè le critiche, che al riguardo sono state mosse da una gran parte della nostra dottrina sono di una tale importanza e di una tale fondatezza

da far veramente auspicare una revisione del disposto di questa norma del Progetto. Il D'AMELIO cit. dal MAROI (pag. 20) osserva: "che l'uso prudente ed intelligente che il magistrato *farà* di questa norma, varrà a dissipare le *pavide* preoccupazioni di una gran parte dei giuristi che ne hanno sempre ostacolato la concessione, temendo che essa renda incerte le obbligazioni e sempre più debole il senso della responsabilità del debitore per le obbligazioni assunte ,,"

A parte il fatto della *possibilità* che il magistrato voglia fare un uso *prudente* di questa norma (anche la *prudenza* è lasciata all'...arbitrio dei vari magistrati che l'applicheranno, poichè nessuna guida fondata su dati obbiettivi viene ad essi fornita), non può nascondersi che, se lo scopo principale della norma dovrebbe esser quello di rendere *certo* il diritto nell'interesse della sicurezza delle contrattazioni, tale scopo è reso quasi completamente illusorio, in una materia di così difficile valutazione, dal modo col quale è concepita la norma dell'art. 22 cit.

" Il giudice *può* annullare il contratto o *ridurre* le obbligazioni ,," dispone questo articolo; in quali casi le parti potranno avere la *certezza* che il loro contratto *non potrà* venire annullato, o che le obbligazioni contratte da una parte *dovranno* essere ridotte? In che modo potrà poi costringersi una parte a far note delle circostanze di fatto o delle valutazioni (spesso completamente subbiettive), che in molti casi si avrebbe tutto l'interesse e la necessità di tenere segrete, solo perchè il giudice possa ricostruire, in base ad esse, quel procedimento logico che le parti hanno seguito per la stipulazione del contratto, e questo allo scopo di accertare se in quella data ipotesi il consenso dalla parte che si ritiene lesa sia stato *sufficientemente* libero? Nella massima parte dei contratti la valutazione delle circostanze di fatto ha luogo non solo in base a criteri puramente personali, difficilmente dimostrabili, ma anche in base a cognizioni tecniche, che le parti possiedono in misura maggiore o minore, mentre esse possono essere del tutto ignote al magistrato, il quale, nell'accertare se le " obbligazioni di uno dei contraenti siano del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto ,," si limita all'accertamento di dati obbiettivi.

Questi, nella maggior parte dei casi, possono essere del tutto inidonei per l'accertamento della *libertà* o meno del *consenso*, mentre le *circostanze del caso* possono consistere precisamente, in queste ipotesi, in quelle cognizioni tecniche ed in quelle impressioni sog-

gettive, del tutto imponderabili, che possono avere indotto una parte ad un contratto, che successivamente, per essa, si è dimostrato inutile o dannoso. Perchè permettere in queste ipotesi, una rivalutazione delle circostanze, fatta da una terza persona, per esaminare la convenienza dell'affare o la libertà del consenso, anche quando questo non sia stato viziato da errore, violenza, dolo? Anche il proverbio "del senno di poi....", è antico e saggio, e la norma dell'art. 22 del Progetto mi sembra fatta apposta per toglierli gran parte del suo valore. Non mi sembrano perciò *pavide* le preoccupazioni di coloro che tale articolo hanno criticato, ma ritengo utile e necessario l'auspicio di una integrale revisione di questa disposizione del Progetto, (cfr. per ulteriori osservazioni al riguardo le pagg. 103, 116 e segg. del presente lavoro).

Nei successivi paragrafi del suo lavoro il M. si sofferma ad esaminare le disposizioni del Progetto che riguardano l'oggetto dei contratti: in modo particolare l'obbligazione avente per oggetto una somma di denaro espressa in valuta estera, e l'ipotesi relativa alla promessa di contratto, risolta dal Progetto nel senso che la sentenza del Magistrato possa tener luogo della stipulazione del contratto (art. 25). Nel paragrafo 10 vengono riassunti gli articoli relativi alla causa nei contratti, alla rappresentanza, al contratto a favore dei terzi ed alla simulazione (§ 11). Si pone poi in rilievo (§ 12 e 13) l'importanza dell'art. 48 del Progetto che accoglie il principio: "*inadimplenti non est adimplendum*", e dell'art. 60 che accoglie l'altro principio della obligatorietà della promessa unilaterale (*pollicitatio*), in base al quale il Maroi ritiene possano venire risolte "molte *vexatae quaestiones* circa la costruzione di alcune fra le moderne forme di obbligazioni (titoli al portatore, costituzione di società per azioni mediante pubblica sottoscrizione), e la natura di talune dichiarazioni di volontà di maggiore importanza (contratti con le pubbliche amministrazioni dello Stato, che si considerano obbligatori per il contraente privato in pendenza dell'approvazione o registrazione) ..

Elogia poi il M. il Progetto per avere soppresso la figura del quasi contratto, disciplinando in sezioni varie la gestione d'affari (per essa si è posta in rilievo la necessità dell'elemento dell'*animus aliena negotia gerendi*), l'istituto della ripetizione d'indebito (a questo riguardo si è lasciato sopravvivere l'accento alle obbligazioni naturali, interpretandosi il termine "volontariamente", di cui all'art. 1237 cod. civ. vigente, nel senso di *spontaneamente* (art. 66 Progetto), per escludere così la possibilità della ripetizione quando il

debitore abbia pagato per errore), e l'ingiustificato arricchimento (art. 73).

Continuando nel suo esame, il M. spiega il significato e gli scopi delle norme riguardanti la responsabilità per atto illecito (art. 74 e segg. del progetto), l'abuso del diritto, risarcibilità dei danni morali (art. 85), compensazione delle colpe (art. 78). Questa norma il M. ritiene debba considerarsi un'applicazione generale dei principî in materia di colpa, il cui concetto si fonderebbe su un *dovere di prevedibilità*, in quanto, tutte le volte in cui il danneggiato tiene una condotta non conforme alla diligenza normale, egli viene ad attenuare necessariamente il presupposto della responsabilità piena ed ordinaria dell'agente, in quanto egli stesso, il danneggiato, viene col fatto proprio a cooperare alla produzione dell'evento. La limitazione della responsabilità dell'agente viene così ad essere impostata sull'idea della colpa del danneggiato (pag. 34, § 19).

Le norme sull'obbligo ad esibire (art. 86 Progetto) sembra al M. che risolvano la questione se ed in quali limiti la pubblica amministrazione sia tenuta all'esibizione di documenti e decreti a favore dei privati. Opportune ritiene il M. le norme degli art. 94 e 95 relativamente alla disciplina della mora, e l'innovazione contenuta nell'articolo 97, che restringe alle sole obbligazioni di custodia e di amministrazione la possibilità nel debitore di esimersi da ogni responsabilità per inadempimento, col dimostrare di avere usato la diligenza di un buon padre di famiglia.

Così pure degne di rilievo sono ritenute le norme relative alla misura del risarcimento del danno in relazione alla causa dell'inadempimento, la sanzione di nullità del patto *ne culpa lata praestetur* (art. 105), la facoltà concessa al giudice di attribuire al creditore di una somma di denaro il risarcimento dei danni sofferti per l'inadempimento del debitore, sempre quando questi si dimostrino superiori ai semplici interessi moratori, e la norma dell'art. 107, che risolve una delle più importanti controversie circa l'esperimento della Pauliana di fronte ai subacquirenti a titolo oneroso, col far salvi i diritti di costoro, quando essi non siano stati consapevoli della frode.

All'esame accurato, ma necessariamente sommario, delle innovazioni introdotte dal Progetto nelle norme che disciplinano le diverse specie di obbligazioni (condizionali, a termine, alternative, solidali, divisibili ed indivisibili, con clausola penale), i modi di estinzione delle

obbligazioni (tra cui la prescrizione estintiva), l'azione di annullamento (specie per quel che riguarda le obbligazioni dei minori), la cessione dei crediti e la prova delle obbligazioni dedica il M. la restante parte del suo lavoro, al quale non può venir negato un indubbio valore per la interpretazione e spiegazione delle più importanti e principali innovazioni introdotte dal nuovo Progetto, anche se, sulla bontà ed opportunità di alcune di esse, riserve e dubbi sia possibile avanzare.

VII. Carattere eminentemente critico ha invece lo studio, anch'esso breve e riassuntivo, dato il suo carattere di discorso inaugurale, del Prof. SCADUTO GIOACCHINO, *Osservazioni sul progetto di un codice unico delle obbligazioni per l'Italia e per la Francia*, Annuario di diritto comparato Vol. IV e V. P. I, Istituto di Studi Legislativi, Roma, 1930, pagg. 111 a 120.

Interessa porre in rilievo le critiche più salienti mosse dallo SCADUTO al nuovo Progetto, poichè un esame approfondito, di tutte non potrebbe essere fatto nel corso di questo lavoro data la vastità e l'importanza degli argomenti trattati dallo SCADUTO, su molti dei quali, notevoli commenti dottrinali si erano andati formando, anche prima della stampa del nuovo Progetto. Questo, in molte parti, ha tenuto conto dei suggerimenti della dottrina, ma, per alcune innovazioni, ha seguito invece una via opposta a quella auspicata dalla maggior parte degli studiosi; sarebbe pertanto impossibile restringere in breve spazio l'esame ed il commento delle ragioni e degli scopi che hanno indotto i compilatori a mantenere nel nuovo Progetto delle norme che avrebbero dovuto trovare posto in altro codice (quelle ad es. in materia di prove), e degli istituti, che sarebbero dovuti esser disciplinati dettagliatamente (ad. es. obbligazioni naturali, cessione e vendita di eredità ecc.), oppure del tutto soppressi.

Lo SCADUTO ritiene che, in generale, il contenuto del nostro codice, il quale, con le necessarie modificazioni, riassume il Diritto Romano, sia ancora buono; più che delle vere e proprie innovazioni sarebbero quindi da approvarsi delle parziali modifiche. Al riguardo lo SCADUTO si dimostra persuaso della possibilità e facilità di modificazioni legislative in tema di obbligazioni, solo pone in rilievo che, per il raggiungimento di questo scopo, è stato necessario introdurre delle innovazioni che intaccano i principi fondamentali

(le norme ad es. sull'abuso del diritto, riduzione del termine prescrizione, riconoscimento della personalità giuridica alle società civili, risarcimento dei danni morali ecc.). Così pure sembra allo SCADUTO che il Progetto non riproduca quella completa sistemazione della materia che la dottrina ha ormai raggiunto, ed al riguardo pone in rilievo quali errori del Progetto: l'aver compreso le norme sulla prescrizione estintiva sotto il titolo delle obbligazioni, la connessione della donazione alla materia delle successioni, e la collocazione delle norme sulle prove delle obbligazioni nel codice civile.

Venendo poi ad una critica più particolareggiata, lo S. critica l'art. 435 del Progetto perchè con esso viene accolto un criterio di miglioria particolare al locatore e non generale al fondo, criterio soggettivo e non oggettivo, in quanto si attribuisce al locatore il diritto alla rimozione dei miglioramenti ed al risarcimento dei danni ove quelli per *lui* non dovessero essere vantaggiosi.

Su tale punto invero anche altri studiosi sono intervenuti (RICCA BARBERIS - FUNAIOLI), come si vedrà in seguito, e, senza voler affrontare in pieno il problema, mi sembra che l'adozione del criterio obbiettivo, quale è auspicato dallo SCADUTO, importerebbe una eccessiva limitazione del diritto del proprietario, il quale deve pur sempre esser lasciato arbitro di valutare quelle utilità di cui intenda usufruire, senza che altri possa imporgli, sia pure in via indiretta, l'introduzione di miglioramenti le cui spese egli, anche per motivi puramente personali, non voglia sopportare. Il problema, però, lo ripeto, è di una importanza generale e merita un esame molto più approfondito di quanto non sia possibile fare in questo luogo.

Insufficiente appare poi allo SCADUTO lo sviluppo dato alla rappresentanza dal nuovo Progetto, ed all'istituto delle obbligazioni naturali (art. 66), incompleto l'art. 565 perchè in esso non è determinata la pubblicità a cui devono sottostare le società civili per avere la personalità giuridica, ed imperfetta sarebbe pure infine la forma dell'art. 676 per il fatto di avere accordato l'azione di revindica in nome proprio al creditore pignoratizio che abbia perduto il possesso della cosa.

“La scienza giuridica italiana, costruttiva e generale, appare sovrastata”, osserva lo SCADUTO, “dalla scienza giuridica Francese, incerta e particolare”, (pag. 114). Esempi se ne avrebbero nella norma dell'art. 649, che abolisce l'istituto del deposito irregolare

per sottoporlo alle norme del mutuo, mentre la dottrina e la giurisprudenza italiana hanno sempre riconosciuto una differenza tra questi due istituti; nella norma dell'art. 636, dove vengono confuse le due figure del mutuo (contratto reale) e promessa di mutuo (contratto consensuale), nella norma dell'art. 328 che snatura la promessa bilaterale di compra-vendita, facendola diventare vendita tostochè una delle parti abbia dichiarato di comprare o vendere; nella norma dell'art. 419 che, seguendo una teoria cara ai giuristi Francesi, abolisce qualsiasi distinzione tra cessione di locazione e subaffitto e riduce in ogni caso la prima al secondo.

Altra critica, a mio modesto avviso, abbastanza fondata che lo SCADUTO muove al progetto è quella che si riferisce ai troppo larghi poteri e facoltà che da diverse norme del Progetto sono stati attribuiti al magistrato, e questo precisamente in campi nei quali la massima chiarezza e precisione di disposizioni sarebbe stata indubbiamente necessaria, sia per evitare il sorgere di frequenti liti, sia per dare alle parti ed al giudice una sicura guida per la risoluzione dei non pochi casi dubbi. Esempi di norme di questo genere nel Progetto non mancano, e lo SCADUTO cita, fra le più importanti, le disposizioni dell'art. 22 che sottopone (pag. 118) ad accurata ed acuta critica (cfr. a questo riguardo anche le osservazioni fatte nella recensione allo scritto del MAROI e del MONTEL); dell'art. 25 (per l'inadempimento dei contratti preliminari si deve accogliere, secondo lo SCADUTO, o la tesi del risarcimento dei danni, che allo SCADUTO sembra da preferirsi, o quella della sostituzione della sentenza al contratto definitivo, senza lasciare adito ad una incerta applicazione ora dell'una ora dell'altra dottrina); dell'art. 102 (secondo lo SCADUTO, nel primo caso contemplato in questo articolo, il giudice *deve* annullare o ridurre, e, nel secondo, il creditore *deve* avere il diritto al risarcimento integrale dei danni, garantito di fronte a tutti, e non sottoposto ad un apprezzamento senza base del giudice). Identici difetti crede poi lo SCADUTO riscontrare nel disposto dell'art. 76 (in quanto si rilascia all'apprezzamento del giudice la concessione di un'idennità, *in considerazione della condizione delle parti*), e dell'art. 178, che dà facoltà al giudice di concedere modiche dilazioni al debitore, *usando di questa facoltà con grande moderazione*. Sembra, osserva lo SCADUTO, che il Progetto abbia avuto paura della norma così posta: si tratterebbe del ripristino dei termini di grazia, aboliti dall'attuale ordinamento.

Ingiusta appare poi allo SCADUTO la norma contenuta nell'art. 379 per il fatto che con essa viene accordata al compratore, nel caso in cui sia stata stipulata la condizione risolutiva espressa per il mancato pagamento del prezzo, la facoltà di pagare anche dopo il termine, quando non sia stato costituito in mora mediante la intimazione, perfezionando in tal modo la vendita dell'immobile. Ingiustificate poi sarebbero le innovazioni introdotte dagli art. 303 e 311, di cui il primo rimette all'apprezzamento del magistrato il giudizio sul valore della confessione stragiudiziale, anche se fatta alla parte, ed il secondo sottopone alla previa autorizzazione del giudice il giuramento decisorio. Così pure non immune da critiche sarebbe l'art. 111 del Progetto per avere introdotta una distinzione tra la condizione risolutiva illecita *determinante* e la non determinante, lasciando arbitro di una tale ricerca il prudente.... arbitrio del giudice.

Chiude quindi lo SCADUTO questo elaborato ed interessante studio ponendo giustamente in rilievo la necessità che, nella formazione delle leggi, ci si tenga aderenti a quel positivismo giuridico, del quale lo S. è stato giudicato un assertore, allo scopo di rendere la norma più aderente possibile alle esigenze della vita, e così precisa da avvicinare la scienza giuridica alla scienza matematica.

VIII. Lo studio più recente, di carattere generale, comparso in Italia sul nuovo Progetto, è dovuto anche esso ad uno degli illustri compilatori del Progetto stesso: il Prof. R. DE RUGGIERO, (*Il Progetto del codice delle obbligazioni e dei contratti dinanzi alla critica*, in *Scritti in onore di Alfredo Ascoli*, Messina 1931, pag. 775 a 809).

L'importanza e la profondità delle argomentazioni ed osservazioni, svolte dal D. R. con vigore dialettico e con quella forma limpida e smagliante che è peculiare ai suoi scritti, renderebbero necessario un attento esame di questo lavoro di altissimo interesse; lo scopo di queste brevi note non consente però un commento molto dettagliato, e più utile mi sembra invece limitarmi a porre in rilievo quei punti che nell'accurata e precisa difesa del D. R., non mi sono apparsi troppo persuasivi.

Più facile potrà in tal modo riuscire la valutazione delle principali critiche che contro molte disposizioni ed innovazioni contenute nel Progetto sono state da varie parti avanzate, e che il D. R. cerca confutare con un calore che, mentre dimostra il suo deciso atteggiamento di difesa ed un po' forse anche di intransigenza, fa appa-

rire questo suo nuovo lavoro come una delle più efficaci ed interessanti apologie del nuovo Progetto che siano sinora state scritte.

Il DE RUGGIERO, nel primo paragrafo, spiega le ragioni che hanno consigliato i compilatori del Progetto ad operare solo dei ritocchi nella legislazione vigente (fondata quasi esclusivamente sul Diritto Romano), anzichè una vera e propria riforma *ab imis*, la quale avrebbe prodotto più danno che utile. Che tale metodo sia stato il migliore ritiene il D. R. sia dimostrato dal fatto che, mentre alcuni studiosi hanno criticato il Progetto perchè non attua una riforma veramente radicale, altri lo criticano perchè ha accolto innovazioni troppo ardite.

Scendendo poi all'esame delle singole critiche mosse al Progetto, il DE RUGGIERO si ferma a ribattere quelle mosse dallo SCADUTO nello scritto più sopra riassunto (*Annuario Dir. Comp.*, Vol. IV e V pagg. 111 e segg.). Dimostra il D. R. l'infondatezza dell'accusa mossa ai giuristi italiani di essersi lasciati suggestionare e guidare dai giuristi francesi, e giustifica le innovazioni, che lo SCADUTO ritiene dovute a questa influenza (art. 649 del Progetto, abolizione del quasi contratto e quasi delitto, ecc.), col fatto che un codice non può essere un trattato, e che quindi può esimersi dal fare delle distinzioni, che è scopo della sola dottrina introdurre e giustificare.

Così pure combatte il DE RUGGIERO l'accusa di essersi il Progetto tenuto lontano dalle nuove correnti del pensiero giuridico (accusa che lo SCADUTO aveva mosso, adducendo ad esempio le norme del Progetto riguardanti il rimborso delle migliorie fatte dal conduttore dei fondi rustici), col dichiarare che la Commissione ebbe ben presenti tutte le difficoltà inerenti ad una buona soluzione del grave problema, e che cercò di ovviare alle principali, ponendo a base del diritto dell'affittuario al rimborso, il consenso espresso o tacito del locatore che non si opponga all'introduzione dei miglioramenti, pur essendone a conoscenza. Nell'adozione di un tale principio consisterebbe appunto la innovazione introdotta al riguardo dal nuovo Progetto.

Giustifica poi il DE RUGGIERO la norma dell'art. 328 del Progetto (equiparazione tra vendita e promessa di vendita), facendo osservare ch'essa non rappresenta che un "meditato ritorno all'antico", richiesto da ragioni di equità e dal senso pratico della giurisprudenza, che tale principio, più o meno velatamente, già aveva seguito. La soppressione di ogni disposizione tra cessione della locazione e sublocazione (art. 419) si giustificerebbe col fatto ch'essa,

in pratica, si è rivelata così capillare e sottile da essere quasi impercettibile ed inafferrabile. Il fatto poi della mancata introduzione nel Progetto di una *parte generale del negozio giuridico* non sarebbe affatto meritevole di biasimo in quanto, in tal modo, si sarebbe evitato al nuovo codice il rimprovero di eccessivo dottrinarismo che già fu mosso al codice tedesco.

Si ferma infine il DE RUGGIERO a combattere ed a discutere l'altra importantissima accusa mossa ai compilatori del Progetto, i quali avrebbero ampliato, secondo lo SCADUTO, in troppi casi i poteri del giudice. Tale accusa appare al DE RUGGIERO ingiustificata, ma forse è questo uno dei punti in cui l'affetto paterno, che Egli dimostra per il Progetto, lo induce ad una indulgenza non condivisa dalla grande maggioranza dei critici. Già nella recensione allo scritto del MAROI (cfr. pag. 95, cfr. anche a pag. 116 e segg.) ho espresso modestamente dei dubbi sui risultati pratici che da queste innovazioni potrebbero derivare. Il valore di esse, e soprattutto il pericolo che la loro attuazione presenta, non solo non erano sfuggite, ma erano anzi state rilevate dallo stesso D'AMELIO che, oltre a far parte della Commissione Italiana per la riforma del codice, ed esser stato quindi uno fra i principali redattori del nuovo Progetto, rappresenta il principale ed illustre esponente della nostra magistratura. Potrà quindi forse non apparire sufficiente la difesa che il D. R. fa della norma contenuta nell'art. 22 del Progetto, dato il valore delle critiche mosse a questo proposito da quasi tutti gli scrittori che alla redazione del Progetto non abbiano preso parte. La disposizione di quest'articolo 22 ha un'importanza che non può essere ridotta a quella di una norma repressiva dell'usura, se pur questo è stato lo scopo principale per cui essa è stata sancita, e l'affidare al giudice la valutazione *in ogni qualunque contratto* delle circostanze (non sempre facilmente dimostrabili e ponderabili da una persona diversa dai contraenti) che hanno indotto le parti a stipularlo, è innovazione che deve far riflettere sulle possibili conseguenze che deriverebbero dalla sua attuazione. Chi potrebbe infatti mettere in dubbio che le stesse circostanze di fatto possano apparire ad un giudice talmente gravi da far ritenere che, nel caso pratico, vi sia stato un abuso da parte di uno dei contraenti dello stato di necessità dell'altro contraente, mentre la sproporzione tra le obbligazioni assunte da uno dei contraenti ed i *vantaggi* che egli ritrae dal contratto, può non sembrare ad altro giudice, pur nelle stesse circostanze di fatto, tale

da doversi applicare le sanzioni di cui all'art. 22 del Progetto? Ed allora *quid iuris* per gli altri contratti che, per determinati affari, possono essere numerosissimi? Non sembra affatto esagerata a questo riguardo l'osservazione dello SCADUTO che afferma: "essere il più grande ideale di un ordinamento giuridico quello di eliminare la figura del giudice come *organo costitutivo del diritto* anche nella singola fattispecie „. Senza inutili critiche o superflue adulazioni, non deve dimenticarsi che il giudice è un... uomo ed i giudici sono... molti uomini!

Il richiamo che fa il DE RUGGIERO alle norme sancite negli art. 1165 e 578 Cod. Civ. non sembra invero sufficiente per giustificare una innovazione del genere di quella sancita nell'art. 22 del Progetto. A parte il fatto che quegli articoli hanno una sfera di applicazione molto più ristretta, non può non badarsi che, nel caso dell'art. 1165, al giudice è data solo *facoltà* di concedere una *dilazione* (e non già di annullare il contratto o ridurre le obbligazioni,) mentre l'applicazione dell'art. 578 è ristretta ad un caso specifico; la ricerca poi, nel caso pratico, di quale sia il vantaggio che possa derivare all'agricoltura ed all'industria dall'uso dell'acqua, è cosa molto più facile e meno pericolosa dell'accertamento, in un qualunque contratto, di una eventuale sproporzione tra prestazione e controprestazione che faccia presumere la insufficiente libertà del consenso in uno dei contraenti; si tratterebbe infatti per la applicazione dell'art. 578 dell'accertamento di un dato obbiettivo, e non subbiettivo come per l'articolo 22 cit. (1).

Questo largo potere discrezionale accordato al magistrato, mentre può rappresentare in qualche caso un "più largo posto fatto all'equità,, può trasformarsi spesso in un maggior arbitrio dato al giudice, arbitrio tanto più pericoloso in quanto è sottratto al sindacato della Cassazione, per esser rivolto alla risoluzione ed interpretazione di circostanze di fatto.

Scagiona infine il DE RUGGIERO i redattori del Progetto dalla critica fatta dallo Scaduto per essere stato lasciato insoluto il problema dell'esistenza o meno di obbligazioni naturali per il nostro diritto. Il dire, osserva il DE RUGGIERO, quando si abbia un'obbliga-

(1) Cfr., per le ulteriori osservazioni sull'art. 22, pag. 116 e segg. del presente lavoro.

zione che possa esser fatta valere giudizialmente, mediante azioni o solo eccezioni, oppure produca quegli effetti solo che sono riconosciuti alle obbligazioni naturali, è cosa impossibile al legislatore, è “lo spirito popolare”, è la “pratica giurisprudenza, che deve dirci, quando che sia, se l’uno o l’altro obbligo etico sia stato ormai attratto nella sfera del diritto, e verrà poi il legislatore a consolidare in un precetto fisso il risultato dell’esperienza”, (pag. 14 dell’estratto).

Orbene, anche se ottimo debba considerarsi un tale procedimento nel legiferare (si tenga conto che, molto spesso, esso è impossibile per il fatto che, o non esistono consuetudini in cui lo spirito popolare abbia avuto campo di manifestarsi con la necessaria chiarezza, oppure ad esse il legislatore ritiene necessario derogare); perchè non potrebbe oggi il nostro legislatore pronunciarsi, in un qualunque senso, su questa *vexata quaestio* della esistenza e degli effetti delle obbligazioni naturali, dopo che per tanti anni la giurisprudenza ebbe a pronunciarsi in senso spesso contraddittorio? Questo stesso fatto della incertezza della giurisprudenza non è forse la miglior prova della assoluta necessità di una guida nella legge? D’altra parte, perchè non dovrebbe tenersi anche conto della esperienza e dell’esempio di altre legislazioni, e degli studi e ricerche dei non pochi scrittori che questo argomento hanno trattato, facendo voti per la emanazione di norme legislative che valgano ad eliminare dubbi ed incertezze gravissime? (cfr. al riguardo COVIELLO L., *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, in Giur. Ital., 1918, IV, pag. 42 e segg. § III, (1); GANGI, *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, in Riv. dir. comm. 1928, I, pag. 130, nota 1 ecc.). Una risoluzione qualunque di questo annoso problema sarebbe indubbiamente preferibile alle incertezze e discussioni che risorgerebbero dopo che il Progetto fosse diventato legge.

(1) Credo opportuno riportare le parole con le quali l’Insigne Maestro dell’Ateneo Napoletano chiudeva nell’undici Marzo 1918, in questa Sua prolusione al corso di diritto civile, l’esame sullo stato della giurisprudenza e dottrina nei riguardi di questo delicato problema: “La questione pertanto delle obbligazioni naturali ha bisogno di venire risolta legislativamente, o sopprimendosi del tutto il capoverso dell’art. 1237 cod. civ. come una vacuità pericolosa, o estendendolo anche agli obblighi morali, come hanno fatto altri codici, per esempio quello germanico (§ 814), e il codice svizzero delle obbligazioni „ (COVIELLO L. op. cit. pag. 45).

Così pure non può a meno dal lasciare dubbiosi la lettura di quanto il DE RUGGIERO scrive, per scagionare i redattori del Progetto dall'appunto ad essi fatto per non avere collocato le norme relative alla donazione fra quelle che disciplinano i singoli contratti. Tale perplessità è più che giustificata solo che si leggano le belle pagine che il DE RUGGIERO ebbe a scrivere al riguardo nel *Corso di Istituzioni* (edizione V^a pag. 397 Vol. II) e tali pagine si pongano a raffronto con la conclusione cui oggi Egli perviene ritenendo che: "un trasporto di sede (delle norme sulla donazione) solo per fare omaggio al dogma del contratto significherebbe *sconvolgere tutto l'ordine ed il sistema del codice* ...

Nel paragrafo secondo del suo lavoro, il DE RUGGIERO si ferma a confutare, spesso con durezza, le diverse accuse e critiche mosse dal BETTI ai redattori del Progetto ed al Progetto stesso. Ritengo però inutile soffermarmi dettagliatamente su questa parte del lavoro, poichè tali critiche si riferiscono essenzialmente al fatto della pretesa dedizione dei giuristi italiani ai giuristi francesi, dedizione che il DE RUGGIERO vuol dimostrare inesistente, corroborando le risposte che già al riguardo avevano dato al BETTI lo SCIALOIA ed il D'AMELIO (cfr. al riguardo il presente lavoro a pag. 84).

Di grande interesse sono pure le risposte che il DE RUGGIERO dà alle critiche mosse al Progetto dal TEDESCHI, dal MONTEL, dal CALLEGARI e dal MAGNO (cfr. le recensioni di tali scritti in seguito).

Alle critiche mosse dal RICCA BARBERIS all'art. 435 del Progetto (*Due errori in una sola norma del Progetto Italo-Francese delle obbligazioni*, Riv. Dir. Agrario 1930, pagg. 670 a 672) il DE RUGGIERO oppone come l'interpretazione esatta di questo articolo non porti affatto alle conseguenze lamentate dal R. B. La frase infatti: "in difetto di queste condizioni .. contenuta nel secondo comma dell'art. cit. null'altro significherebbe se non "nel caso in cui si tratti di miglioramenti fatti o senza scienza del locatore o, peggio, contro il suo divieto ..". Solo per questo secondo caso non viene sancito l'obbligo assoluto al rimborso, in quanto tale obbligo è solo condizionato alla mancanza della prova, il cui onere è a carico del locatore, che il miglioramento non sia per lui di alcuna utilità.

Poichè però, in definitiva, come riconosce lo stesso DE RUGGIERO, sarà ben difficile che il locatore riesca a fornire una prova negativa di questo genere, tutti i miglioramenti, anche quelli alla introduzione dei quali esso locatore si fosse opposto, dovrebbero essere da

lui rimborsati. Ci sia permesso di elevare seri dubbi sulla equità e giustizia di una simile norma, che ci sembra abbia soverchiamente ristretto, senza alcuna impellente necessità, quelle facoltà che del diritto di proprietà hanno sempre formato le caratteristiche essenziali.

Per quanto poi riguarda il secondo errore, che il R. B. ritiene esista nella norma di cui all'art. 435, il DE RUGGIERO pone giustamente in rilievo come la disposizione del Progetto sia concepita in termini tali da abbracciare e disciplinare tanto il diritto del locatore di far togliere quei miglioramenti che non siano a lui utili, quanto il diritto del conduttore di togliere i miglioramenti stessi (*ius tollendi* lo chiama il R. B.) quando il proprietario locatore si rifiuti di pagarli.

Meritevole giustamente di elogio sembra al DE RUGGIERO la critica, mossa dal TEDESCHI, all'art. 86 del nuovo Progetto. *Sulla obbligazione di esibire secondo il Progetto Italo-Francese delle obbligazioni*, Riv. Dir. Civ. 1930, pagg. 582 a 595).

Alle critiche mosse dal TEDESCHI risponde il DE RUGGIERO facendo osservare come il fatto che la norma dell'art. 86 sia contenuta nel codice civile non può nè deve escludere che abbracci anche la esibizione nel processo. Così pure ritiene inutile il DE RUGGIERO la rettifica della formula contenuta in quel testo di legge in quanto esso, anche nella attuale formulazione, abbraccia entrambi i casi: quello in cui colui che domanda la esibizione abbia già un diritto in ordine alla cosa od al documento, e quello in cui egli voglia, con la esibizione, accertarsi se ha il diritto.

Dichiara pure il DE RUGGIERO di non aderire alla esemplificazione dei casi fatta dal TEDESCHI, e, specialmente, ad una larga applicazione della esibizione in tema di immobili, poichè l'azione ha la sua specifica sfera di applicazione per i mobili, e neppur per essi è sempre proponibile. Così pure, secondo il DE RUGGIERO, il giudice avrebbe la facoltà di negare l'esibizione richiesta quando sussistano gravi ragioni in contrario, sia nel caso di esibizione di documenti, sia nel caso di esibizione di una cosa.

Alla critica mossa dal TEDESCHI relativamente all'ampio potere discrezionale concesso anche a questo riguardo al giudice per la concessione o meno dell'esibizione, il DE RUGGIERO, pur riconoscendo la serietà del dubbio, risponde con un chiarimento che non a tutti forse potrà apparire soddisfacente. Egli infatti fa osservare che al

giudice non è dato il potere di *concedere* l'esibizione, ma solo quello di *negarla*, per un interesse legittimo od altro grave motivo.

L'art. 86 cit. I cpv. dice invero che: " il giudice può ordinarne la esibizione, e, occorrendo, la produzione in giudizio, ecc. ", nel II cpv.: " il giudice può tuttavia *negare* l'esibizione ecc. ", ed infine nell'ultimo cpv.: " il giudice può *subordinare* l'esibizione ecc. ". A chi quindi esamini attentamente la norma, non può sfuggire il fatto che il giudice è arbitro di concedere o meno l'esibizione, e, d'altra parte, che altro sarebbe il potere di negare se non quello di non... concedere? Se l'esibizione può essere *ordinata* dal giudice, come si può sostenere ch'egli non sia arbitro di concederla?

Il dubbio del TEDESCHI è quindi meritevole di attenzione.

Anche allo studio del MONTEL (*Osservazioni sugli art. 102 e 166 del Progetto Italo-Francese di codice delle obbligazioni e dei contratti*, Temi Emiliana 1929, p.te 2^a, col. 153 e segg.) ritiene il DE RUGGIERO debba muoversi l'appunto di diffidenza verso il potere discrezionale del giudice (è questo il punto più... debole del Progetto!).

Secondo il MONTEL la disposizione dell'art. 166 dovrebbe venire modificata nel senso che al giudice venga concessa la facoltà, non solo di *ridurre* la multa stipulata con una clausola penale, quando gli sembri eccessiva, ma anche il potere di *aumentarla* quando essa gli sembri insufficiente; e questo sia nel caso in cui la multa sia *periodica*, come in quello in cui essa sia stata stipulata in un'unica *pena fissa*.

Il DE RUGGIERO ritiene però non necessaria una tale estensione in quanto, mentre per l'aumento della pena non ricorrono ragioni serie, per il caso in cui la pena venga stipulata in una misura fissa è molto raro che accada che le parti non abbiano preveduto tutti i possibili eventi. Conclusioni anche queste di cui la prima mi pare veramente fondata per i motivi che spiegherò più avanti nella recensione al lavoro del MONTEL (cfr. pag. 40), mentre la seconda ritengo che non a tutti potrà apparire veramente persuasiva, solo che si consideri che non può essere accertato in modo alcuno se sia raro o meno il caso in cui, stipulatasi una penale in una somma fissa, questa risulti esorbitante od inferiore al danno veramente patito; e la possibilità che un caso del genere possa verificarsi, anche per il futuro, non renderebbe indubbiamente inutile una norma che lo contemplasse.

All'esame dei lavori del CALLEGARI (*I titoli di credito nel diritto civile*, Riv. Dir. Civ. 1929, pagg. 313 a 353) e del MAGNO (*Locazione*

d'opere e mandato nel Progetto Italo-Francese delle obbligazioni e dei contratti, Riv. Dir. Civ. 1929, pagg. 209 a 285) dedica il DE RUGGIERO i paragrafi 6 e 7 del suo lavoro.

Al CALLEGARI obbietta che non era possibile fare una trattazione completa della teoria dei titoli di credito nel codice civile, in quanto la tradizione e lo stesso diritto vigente additano come sede più opportuna il codice di commercio. I progetti di riforma di entrambi i codici dovranno perciò a questo riguardo venir coordinati.

Per le altre questioni minori trattate dal CALLEGARI, il DE RUGGIERO osserva che alcune sono di natura teorica, e la loro risoluzione deve essere lasciata alla scienza, altre sono di natura pratica ed è bene non “*intralciarle con determinazioni legislative*”, ed altre infine saranno affrontate e risolte in altra sede (quella ad es. della ipoteca a garanzia dei titoli, e della rivendicazione).

Alle obiezioni del MAGNO risponde brevemente il DE RUGGIERO facendo osservare come il legislatore non possa scegliere a suo arbitrio un qualunque carattere da elevare a criterio differenziale di istituti quali locazione d'opere e mandato, e, in ogni caso, il Progetto ha prescelto come criterio differenziale proprio quell'elemento della gratuità che il MAGNO propone.

Terminato così l'esame degli scritti principali comparsi in Italia sul nuovo Progetto, il DE RUGGIERO esamina due tra gli scritti pubblicati da insigni giuristi esteri, e raccolti nell'Annuario di Diritto Comparato (Vol. IV e V p. I).

Più precisamente il DE RUGGIERO ferma la sua attenzione sullo scritto del Prof. ROBERT WARDEN LEE dell'Università di Oxford (*Il Progetto Italo-Francese di un codice delle obbligazioni giudicato dal punto di vista del diritto inglese*, Annuario cit. pagg. 121 a 128), facendo notare come la disparità di vedute e molte delle osservazioni del giurista inglese siano giustificate dal fatto delle profonde diversità che esistono tra il diritto inglese e quello delle nazioni latine; ed in molti punti anche da un'inesatta intelligenza del testo e della terminologia nostra.

Con identiche considerazioni, e, soprattutto, col fatto che il Progetto viene giudicato ed esaminato da un angolo visuale del tutto diverso dal nostro, giustifica e spiega il DE RUGGIERO le critiche del Prof. IVAN PERETERSKIJ dell'Università di Mosca (*Il Progetto Italo-Francese di un codice delle obbligazioni e dei contratti ed il codice sovietico*, Annuario cit. pagg. 139 a 153). Se i due codici

(il Progetto ed il Cod. Sovietico) coincidono in qualche punto, ciò non toglie, osserva il DE RUGGIERO, che, data l'assoluta diversità di concezioni dalle quali sono partiti i nostri giuristi ed i giuristi sovietici nella riforma del diritto privato, non possa a meno dall'apparire impresa disperata anche la semplice comparazione di due legislazioni tra loro così diverse. Alla conclusione del PERETERSKIJ sulla grande difficoltà che possa esistere un diritto unico per l'Italia e per la Francia, per il fatto che i tribunali dei due paesi, pur nell'esistenza d'una norma eguale, non sono affatto obbligati ad interpretarla ed applicarla in identica maniera, il DE RUGGIERO risponde facendo rilevare come, anche in uno stesso Stato, questa divergenza sia possibile tra i giudicati di vari tribunali; tale divergenza però, lungi dall'esser nociva, dovrà portare a quel cozzo di opinioni da cui scaturirà quella soluzione unitaria che pone fine all'incertezza, che assicura la retta intelligenza della norma e ne promuove tutti gli ulteriori sviluppi.

IX. All'esame ed alla critica di singoli istituti e disposizioni accolti e disciplinati nel Progetto si rivolgono invece una serie di studi (molto pochi in verità, tenuta presente l'importanza dell'argomento), dovuti, alcuni a giuristi che alla redazione del Progetto hanno preso parte, ed altri a giuristi che alla redazione stessa sono rimasti estranei. Poichè di alcuni di tali scritti si è già avuta occasione di far menzione, di essi ora si farà un cenno il più possibile succinto. Di tali scritti uno fra i primi, in ordine di data, è quello dell'AZARA (*Della locazione secondo il Progetto Italo-Francese per un codice unico delle obbligazioni e contratti*, Riv. Dir. Civ. 1928, p. 521 a 580).

L'AZARA, che ha fatto parte della Commissione per la redazione dal Progetto, si propone in questo lavoro di fare un commento delle disposizioni generali in materia di locazione (art. 416-445 Progetto) illustrando e dando ragione delle innovazioni introdotte e delle modifiche apportate al diritto vigente. Elogia quindi il Progetto per avere ommesso una qualunque definizione della locazione e per avere trattato, in titoli distinti, della locazione (suddivisa nella locazione di case, colonia parziaria o mezzadria, locazione a soccida), del contratto di lavoro, del contratto di appalto, per avere elevato il termine massimo della locazione a novantanove anni, anzichè imitare i codici stranieri e lasciare libere le parti di fissare a loro arbitrio un termine qualunque.

Pone poi in rilievo le ragioni che hanno indotto i redattori del Progetto a dichiarare la nullità (art. 418) di tutte le locazioni ultranovennali stipulate da persone che non possono fare che gli atti di semplice amministrazione, e giustifica con motivi essenzialmente pratici l'avvenuta soppressione di ogni distinzione tra cessione di locazione e sublocazione (cfr. al riguardo le critiche dello SCADUTO e le giustificazioni del DE RUGGIERO). Soppressa questa distinzione, osserva l'AZARA, era giusto che si impedisse il sorgere di nuove questioni sul diritto del locatore di sperimentare l'azione diretta contro il sublocatore, e tale azione venne infatti espressamente concessa (art. 420). Così pure si provvede a concedere al conduttore il diritto di provvedere senz'altro, in caso di urgenza, alle riparazioni che occorrono alla cosa, anche se siano ad esclusivo carico del locatore, concedendogli il diritto al rimborso della somma spesa (art. 433, 3° comma).

Si sofferma dettagliatamente l'AZARA sulle diverse opinioni seguite in dottrina e giurisprudenza per cercare il fondamento della responsabilità del conduttore in caso d'incendio della cosa locata, e, al riguardo, pone in evidenza la giustezza della soluzione accolta implicitamente dal Progetto col fatto della soppressione degli articoli 1589 e 1590 Cod. Civ. Si viene a fondare così la responsabilità del conduttore verso il locatore, nel caso di incendio della cosa locata, sulla colpa contrattuale, mentre la responsabilità verso i terzi viene fondata sulla colpa aquiliana (art. 82 e 434 del Progetto), e, coerentemente a questi principi, è regolato il diritto di regresso dell'assicuratore contro il conduttore (art. 434 cit.).

L'art. 435 del Progetto, che regola il diritto al rimborso da parte del conduttore dei miglioramenti introdotti nel fondo locato, viene anche dall'AZARA commentato e spiegato diffusamente con larga comparazione di legislazioni straniere e citazioni di autori che dell'argomento si sono occupati (cfr. anche le osservazioni al riguardo del RICCA BARBERIS op. cit., e FUNAIOLI G., *Ancora sul problema dei miglioramenti fondiari nel contratto di affitto*, Riv. Dir. Agrario 1930, pagg. 638 a 658; e del DE RUGGIERO op. cit.).

Meritevole di rilievo e di elogio sembra poi all'AZARA il 2° comma dell'art. 440 del Progetto (che consente alla famiglia del conduttore di un immobile urbano, di ottenere lo scioglimento del contratto, quando la morte del capo non consenta più alla famiglia medesima di sopportare gli oneri della locazione), e la innovazione

introdotta con gli art. 441 a 443. A questo riguardo fa però rilevare l'AZARA come il Progetto taccia sulla necessità della trascrizione, necessaria a che possano venire opposti all'acquirente di un immobile i contratti di locazione ultrannovennale, ed egli sia tenuto a rispettarli. Il Progetto non ha voluto menzionare tale requisito perchè si è voluta riservare ad una legge speciale la completa disciplina dell'istituto della trascrizione: con questa legge, auspica l'AZARA, potrà venire risolto anche l'altro importantissimo quesito, presentatosi di recente alla nostra giurisprudenza (Cass. Sez. Un. 25 Giugno 1928), e da questa risolto nel senso che all'acquirente di un immobile possano venire efficacemente opposti, *anche se non trascritti*, due o più contratti di locazione da avere esecuzione l'uno al cessare dell'altro, i quali, singolarmente presi, non eccedono il novennio, mentre lo eccedono se sommati insieme.

X. Delle disposizioni del Progetto riguardanti il mandato e la locazione si occupa il MAGNO (*Locazione d'opera e mandato nel Progetto Italo Francese delle obbligazioni e dei contratti*, Riv. Dir. Civ. 1929, pagg. 209 a 285).

Scopo del lavoro è quello di trovare la distinzione esatta tra il negozio di mandato commerciale e civile e quello di locazione d'opera, che, nel Progetto del Codice italo francese delle obbligazioni e contratti, viene suddiviso nei due rami di contratto di lavoro (*locatio operarum*) e contratto di appalto (*locatio operis*). Il M., dopo un esame abbastanza accurato delle varie teorie espresse sull'argomento, viene però alla conclusione che il sistema adottato dal nuovo Progetto manchi di un qualsiasi fondamento logico e razionale, e non sia da accogliersi (pag. 280). Mentre infatti, secondo il M., sarebbe possibile una distinzione tra mandato commerciale da un lato, e locazione e mandato civile dall'altro, per il fatto che il mandato commerciale ha sempre per oggetto il compimento di atti subbiettivi ed obbiettivi di commercio, nessuna distinzione sarebbe più possibile trovare tra il mandato civile oneroso e la locazione d'opera (la distinzione tra mandato civile gratuito e locazione d'opera sarebbe data dal carattere della gratuità), e, per questo, si dovrebbe auspicare, secondo il M., che il nostro legislatore si decidesse a sopprimere la figura del mandato civile gratuito, per rendere così possibile una chiara e netta distinzione anche tra la figura del mandato civile e quella della locazione d'opera, (cfr. le osserva-

zioni fatte al riguardo dal DE RUGGIERO op. cit. pag. 28 e segg. dell'estratto).

XI. Il CALLEGARI dedica un accurato studio alle norme del Progetto riguardanti i titoli di credito nel diritto civile (*I titoli di credito nel diritto civile. Osservazioni al Progetto del codice delle obbligazioni e dei contratti*, Riv. Dir. Civ. 1929 pagg. 313 a 353.)

La critica del CALLEGARI riguarda innanzi tutto la "*sedes materiae*", in quanto le norme generali sui titoli di credito dovrebbero tutte trovar luogo nel codice civile, e, precisamente, dovrebbero venir collocate tra le *fonti* delle obbligazioni.

I titoli di credito, osserva il CALLEGARI, in definitiva altro non sono che *forme* dalle quali discendono particolari vincoli obbligatori, (pag. 353 cit.). Molte riserve vi sarebbero invero da fare ad una definizione di questo genere, e non poche al desiderio del CALLEGARI di includere i titoli di credito tra le "*fonti*", delle obbligazioni.

La questione è però indubbiamente molto complessa, nè questa è la sede più idonea per un esame anche sommario.

Si ferma poi il CALLEGARI all'esame della nozione dei titoli di credito, rilevando al riguardo la maggiore precisione e completezza del Progetto D'AMELIO del Codice di Commercio, e la lacunosità del nuovo Progetto delle obbligazioni, specialmente per quel che riguarda i titoli nominativi, il carattere e la forma dei titoli di credito in generale.

Scendendo poi all'esame delle singole norme del Progetto, non pochi rilievi ritiene necessari il CALLEGARI, soprattutto quando si pongano in raffronto i due Progetti del codice civile delle obbligazioni e del codice di commercio.

Le critiche principali mosse al Progetto delle obbligazioni sono quelle riguardanti le norme sulla trasmissione e circolazione dei titoli di credito (art. 266 Progetto) (op. cit. pag. 338 e segg.), specialmente importanti quelle riguardanti l'ipoteca a garanzia dei titoli al portatore, materia questa di cui il Progetto non si occupa perchè di essa, come osserva il DE RUGGIERO (op. cit. pag. 28 dell'estratto) si parlerà quando si procederà alla riforma e revisione del regime ipotecario, ed infine il pegno dei titoli di credito civili.

Termina pertanto la sua diligente ed accurata ricerca il CALLEGARI, lamentando la mancanza di norme nel nuovo Progetto che

regolino l'ammortamento dei titoli nominativi ed all'ordine, la rivendicazione dei titoli al portatore, la emissione di duplicati, la conversione dei titoli nominativi in titoli al portatore e viceversa. L'applicare infatti a questo riguardo le corrispondenti norme del diritto commerciale anche ai titoli di credito civili sembra al CALLEGARI cosa non opportuna, tenuta presente la minore importanza e la limitata circolazione di quest'ultima specie di titoli.

XII. Sul commento e critica degli art. 102 e 166 del Progetto ha pubblicato un interessante ed accurato studio il MONTEL (*Osservazioni sugli art. 102 e 166 del Progetto Italo-Francese delle obbligazioni e dei contratti*, Temi Emiliana, 1929, N. 12).

Egli si occupa della innovazione introdotta dal nuovo Progetto in tema di risarcimento di danni, quando il debitore di somma di denaro non adempia alla sua obbligazione. Mentre, secondo il nostro codice civile, in tale ipotesi i danni vengono valutati complessivamente nell'ammontare degli interessi legali dopo la messa in mora del debitore e fino al pagamento, il nuovo Progetto ha inteso eliminare questi inconvenienti, dando *facoltà* al giudice di concedere al creditore un risarcimento di danni superiore all'ammontare complessivo degli interessi legali di mora, tutte le volte in cui il creditore possa dimostrare di avere sofferto effettivamente un danno maggiore.

L'innovazione è buona, e viene approvata dal MONTEL. Essa, oltrechè rispondere ad un bisogno effettivamente sentito, viene ad evitare tutte quelle controversie che si erano sollevate in dottrina e giurisprudenza sulla possibilità o meno di poter concedere un risarcimento di danni, in forma diversa da quello sancito dell'art. 1241 cod. civ., al creditore che dimostrasse di averli effettivamente subiti come diretta conseguenza dell'inadempimento del debitore. Soltanto, e questo è indubbiamente un difetto della nuova legge, non è fatto *obbligo* al giudice di concedere sempre al creditore un tale risarcimento, quando questi abbia dato la prova di avere subito un danno maggiore quantitativamente agli interessi moratori, ma gli è data semplicemente la *facoltà* di condannare il debitore ad un tale risarcimento maggiore. Ora, non vi ha dubbio che, se una tale misura può rispondere, sotto certi aspetti, a dei principî di equità, presenta dei gravi inconvenienti al lato pratico. Ed infatti, non trovando una

tale facoltà del magistrato dei precisi limiti nella norma di legge, essa potrà essere invocata, e di essa il giudice potrà valersi, entro limiti larghissimi, favorendo così il sorgere e moltiplicarsi di liti, per la conseguente incertezza del diritto al risarcimento, che, volta per volta, il magistrato dovrà giudicare se dovuto ed in quale ammontare dovuto, tenendo evidentemente presenti le speciali circostanze del caso. Sarebbe quindi necessario, o indicare entro quali limiti tale facoltà debba venire esercitata dal giudice, e questo non tanto per un senso di sfiducia, quanto soprattutto perchè alle parti sia reso possibile accertare quali siano i rispettivi diritti ed obblighi senza necessità di ricorrere al magistrato, oppure tramutare questa facoltà del giudice nell'*obbligo* di ordinare un risarcimento maggiore, nell'ipotesi in cui un danno maggiore dei puri e semplici interessi legali il creditore abbia effettivamente risentito.

Altro punto sul quale il MONTÉL ha fermata la sua attenzione è quello della facoltà (il nuovo legislatore indulge un pò troppo a questo concetto) riconosciuta al giudice di diminuire la penale, stipulata sotto forma di multa periodica, per il caso di inadempimento delle obbligazioni, sempre quando l'ammontare di questa penale risulti esorbitante.

Anche a questo proposito i rilievi possibili sono numerosi e gravi. Anzitutto perchè parlare ancora di "possibilità", nel giudice di ordinare questa diminuzione, anzichè di obbligo? E poi, perchè permettere che la penale venga diminuita nel solo caso in cui essa sia stata stipulata sotto forma di una multa periodica? L'unico vantaggio che una tale norma produrrebbe al lato pratico sarebbe quello di far sì che le penali vengano di preferenza stipulate sotto forma di multa fissa, da pagarsi immediatamente. Ora, se veramente si è sentita la necessità di limitare in questa ipotesi l'efficacia delle obbligazioni che volontariamente le parti abbiano assunte, poteva permettersi la riduzione della penale, nel caso in cui l'ammontare di questa risultasse esagerato, in qualunque modo il pagamento di essa dovesse aver luogo.

Non mi è invece possibile concordare col MONTÉL nell'auspicare che il nuovo legislatore voglia sancire una norma che permetta al giudice di aumentare la penale nel caso in cui questa risulti insufficiente. Va bene che una norma del genere la si trovi sancita nel cod. civ. germanico (§ 340), ed anche nel codice svizzero (art. 161), per quanto da questo codice si richieda che, per ottenere questo maggior

risarcimento, il creditore debba dare la dimostrazione della colpa del debitore; ma, per quel che riguarda il nostro diritto, una tale norma mi sembra urterebbe contro la regola generale ora sancita dal nostro codice (art. 1137 cod. civ.), e dal Progetto (art. 57) secondo la quale il contratto si interpreta, nel dubbio, a favore di chi ha contratto l'obbligazione.

Tale principio di indulgenza a favore del debitore, che il Progetto implicitamente accoglie anche all'art. 22 (al giudice non è mai data facoltà di aumentare le obbligazioni di una parte, anche se il consenso dell'uno o dell'altro dei contraenti risulti non sufficientemente libero) verrebbe, con la modifica auspicata dal MONTEL, violato, senza che se ne presenti, a mio avviso, una vera e propria necessità. Le parti stabiliscono infatti la clausola penale per fissare evidentemente nel *massimo* tutti i danni prevedibili, ed è logico ritenere che, se il debitore avesse pensato alla probabilità di dover risarcire danni maggiori, o non avrebbe contratta l'obbligazione, o l'avrebbe contratta a condizioni diverse.

Non mi sembra quindi giusto permettere al giudice di aumentare la penale quando, per il verificarsi di circostanze previste dalle parti, la multa si verifichi insufficiente a risarcire il danno risentito dal creditore in seguito all'inadempimento dell'obbligato. Tanto più poi che, nel caso in cui i maggiori danni risentiti dal creditore trovino la loro causa in fatti colpevoli del debitore, a cui le parti non abbiano avuto riguardo nel contratto, un risarcimento superiore alla penale potrebbe venir concesso dal magistrato in base ai noti principi sull'inadempimento colpevole delle obbligazioni.

Questo senza badare alle argomentazioni che il MONTEL cerca combattere (pag. 16 dell'estratto, nota 3), ma che pure nei casi normali, hanno indubbiamente il loro peso.

XIII. In altro studio, il MONTEL si ferma ad esaminare alcune fra le principali questioni cui può dar luogo la disposizione dell'art. 22, che è senza dubbio una fra le più criticate e discusse del nuovo progetto (*Considerazioni sull'art. 22 del progetto italo francese di codice delle obbligazioni e contratti*, Foro Subalpino 1930, fascic. 12).

Con questa disposizione viene introdotta una specie di azione di rescissione, estesa a tutti i contratti, ma basata su elementi del tutto diversi da quelli sui quali si fonda la azione di rescissione

nella compra vendita di immobili, le cui regole sono mantenute nel nuovo progetto quasi immutate (art. 394 a 402).

Il MONTEL, richiamandosi ad alcune osservazioni del BOLAFFIO (*La rescissione per lesione enorme nelle speculazioni commerciali immobiliari*, Foro Ital. 1927, I, 289), critica il rimedio della rescissione per lesione così come è disciplinato nel nostro diritto per le vendite di immobili, e, per quel che riguarda le innovazioni introdotte col nuovo Progetto, dichiara assurda la coesistenza dei due rimedi (annullamento generale per consenso non sufficientemente libero, e rescissione per lesione enorme nella compravendita di immobili) (op. cit. n. 6 pag. 20 dell'estratto).

Da approvarsi sembrano invece al MONTEL la innovazione introdotta dall'art. 22 del progetto, per quel che riguarda la facoltà data al giudice di indagare i motivi interni dei contraenti, al fine di accertare se il consenso sia stato o meno libero, ed il potere a lui accordato di pronunciare l'annullamento del contratto, oppure ridurre l'entità della obbligazione del contraente leso, quando i vantaggi che questi ritrae dal contratto non siano proporzionati alle obbligazioni da lui assunte od alla prestazione dell'altro contraente.

Già ripetutamente ho manifestato, nel corso di questo lavoro, il mio dissenso su questo punto, spiegando i motivi che inducono a ritenere troppo pericolosa una innovazione del genere.

Il MONTEL fa osservare che la applicazione del rigido criterio obbiettivo, accolto per la azione di rescissione, è suscettibile di produrre degli inconvenienti, che sarebbero invece evitati col nuovo criterio, accolto dal progetto per l'azione generale di annullamento. Ammesso pure che tali inconvenienti possano verificarsi, e l'esperienza mi pare abbia dimostrato che essi in pratica non sono poi nè tanto frequenti nè tanto gravi se nel nuovo progetto le norme sulla rescissione per lesione sono state riprodotte quasi immutate, il criterio accolto con l'art. 22 non mi pare proprio il più idoneo per evitarli e per rafforzare la sicurezza dei contratti. Per colpire l'usura ben altri mezzi meno pericolosi e meno generali di questo potevano venire adoperati.

Se l'art. 22 diventasse legge, non il giudice, ma, prima di lui, ciascun contraente sarebbe costretto ad indagare, nel momento in cui si stipula un qualunque contratto, quali siano i motivi che inducono l'altra parte a contrattare, quali i vantaggi che questa potrà ricavare, e quali infine le circostanze speciali che possono dirsi esi-

stenti nel momento della stipulazione, anche se particolari all'altro contraente; e, nella ipotesi in cui vedesse che l'affare, in base a tutti questi elementi, potrebbe riuscire pericoloso per l'altro, dovrebbe addirittura astenersi dal contrattare, per non correre l'alea di vedersi, ad un determinato momento, annullare il contratto, o ridurre le prestazioni che gli sono dovute in base a questo.

Il Progetto non richiede infatti che la insufficiente libertà del consenso di una parte debba essere causata da un fatto dell'altra o, quanto meno, essere da questa conosciuta, ed il contratto verrebbe quindi egualmente annullato, o verrebbero ridotte le obbligazioni, anche se il contraente, il cui consenso sia stato libero, desse la prova di avere stipulato il contratto in piena buona fede, senza conoscere affatto le particolari condizioni dell'altro contraente, che potevano far presumere in lui una insufficiente libertà di consenso.

Io non nego che *astrattamente* una innovazione di questo genere possa anche apparire molto bella, come pur bello sarebbe eliminare le discordie tra gli uomini, le grandi sperequazioni di ricchezza, ecc., ma ho la persuasione che *praticamente* l'accertare se il *consenso* di uno dei contraenti sia stato *sufficientemente* libero, prendendo per base i *vantaggi* che egli trae dal contratto (anche se le prestazioni delle due parti siano *equivalenti per costo*: MONTEL, op. cit. n. 5 pag. 18), e le *circostanze* in cui questo è stato stipulato, sia cosa estremamente difficile e pericolosa, soprattutto quando tale accertamento venga lasciato all'arbitrio del magistrato il cui giudizio, non essendo guidato da dati veramente *obiettivi*, non potrà che essere necessariamente variabile da uomo ad uomo e da caso a caso.

Diverso il modo con cui un terzo può valutare le diverse *circostanze* in cui un affare si è concluso, od i *vantaggi* che un delle parti può ricavare dal contratto, diversissima poi la posizione del magistrato, che tale valutazione compie a tavolino, con tutta la calma e ponderatezza necessarie, dalla posizione del contraente, che può aver concluso l'affare con una telefonata, dopo una riflessione di pochi minuti o secondi, in previsione di vantaggi che *egli solo conosce* e sa apprezzare, e che più tardi, accorgendosi che l'utile, il vantaggio sperato è mancato per circostanze a cui non aveva magari pensato, trova una comoda e facile scappatoia nell'art. 22 per togliere all'altro contraente quell'utile che questi ha tutto il diritto di pretendere in base al contratto, ed in previsione

del quale, può aver concluso una quantità di altri affari. Questo art. 22 fornirebbe proprio il mezzo ideale per permettere e facilitare la conclusione degli affari così detti "sballati", con la certezza in colui che li ha compiuti di non doverne eventualmente subire le conseguenze disastrose, chè poi, quanto alla prova delle circostanze che facciano presumere una "insufficiente libertà del consenso", chi abbia un po' di pratica della vita e del Foro, sa che non è difficile poterla ottenere, soprattutto se qualcuno dei contraenti abbia preveduto di doverla fornire e non abbia troppi scrupoli.

Che poi questi non siano timori puramente *teorici*, lo si può agevolmente dimostrare solo che si abbia riguardo a tutti quei contratti in cui la sproporzione tra i vantaggi dell'un contraente e le obbligazioni da lui assunte o le prestazioni a cui è tenuto l'altro contraente, sia stata voluta veramente dalla parte che si dice lesa, per dei motivi puramente soggettivi, che essa ha tutto l'interesse di non rivelare e tenere nascosti (scopi reclamistici, ad esempio, o di concorrenza, ecc.).

Orbene, in tali ipotesi, mancato o raggiunto lo scopo *sperato*, l'art. 22 arriverebbe veramente provvidenziale, e come potrebbe riuscir facile al venditore dimostrare, ad esempio, che a quelle vendite sotto costo egli si è indotto in un momento di panico, per far fronte a degli impegni reali o fittizi, per evitare un fallimento, per impellenti necessità familiari ecc. (tutte *circostanze* che farebbero veramente *presumere* una insufficiente libertà del consenso), così pure potrebbe non riuscire difficile ad undatore di lavoro dimostrare di essersi impegnato a pagare forti salari ad operai od impiegati ecc., per evitare che essi abbandonassero il lavoro, per evitare un arresto dannoso nella lavorazione, per salvarsi da gravi conseguenze, anche puramente personali ecc., in uno stato insomma in cui il suo consenso doveva presumersi non sufficientemente libero.

Orbene, sarebbe giusto in tutti questi casi permettere al venditore od al datore di lavoro (tra i molti possibili, ho scelto esempi più facilmente realizzabili in pratica) di far ridurre le obbligazioni da essi assunte dopo avere completamente usufruito, per scopi anche puramente personali ben difficilmente dimostrabili, delle prestazioni dell'altra parte?

L'unico mezzo *forse* sicuro di premunirsi contro l'esperimento di una tale azione generale di annullamento sarebbe allora quello di stipulare il contratto, nei casi dubbi, dinanzi ad un pubblico

ufficiale che dia atto delle diverse circostanze esistenti a quel momento e della sufficiente libertà del consenso dei contraenti. Ma sarebbe ancora questo un *buon* mezzo, se successivamente si dimostrasse che i *vantaggi* che una parte ritrae dal contratto sono sproporzionati alle obbligazioni assunte od alle prestazioni dell'altro contraente?

Il MONTEL fa osservare (n. 5, nota 18) che la sproporzione, e la correlativa onerosità, della prestazione di uno dei contraenti deve essere *obbiettiva* e non *subbiettiva*, ma anche la adozione di questo giusto criterio mi pare possa venire agevolmente neutralizzata quando si rifletta che, oltre all'indagine sulla sproporzione tra le prestazioni dei due contraenti, è necessaria anche quella sul *vantaggio* che ciascuna delle parti ritrae dal contratto, e, sotto questo profilo rientrerà quell'indagine sugli elementi *subbiettivi* che il MONTEL vorrebbe evitare. L'esame infatti, che il giudice deve compiere sui vantaggi che un contraente ritrae dal contratto, non può essere fondato su soli elementi *oggettivi*, ma deve necessariamente aver riguardo e riferimento alle condizioni *subbiettive* del contraente (l'art. 22 parla dei "vantaggi che *egli* (il contraente leso) ritrae dal contratto „, mentre, se dovesse ritenersi giusta l'osservazione del MONTEL, avrebbe dovuto dire "i vantaggi che si potrebbero trarre dal contratto „). D'altra parte, è evidente che dovendosi in definitiva giudicare sulla libertà o meno del consenso di una parte, dovrà aversi riguardo all'utile che essa *individualmente* ritrae dal contratto stesso, poichè, mentre la mancanza di quell'utile o la presenza di un utile minimo potrà far presumere un consenso non libero, la presenza di un utile giusto e proporzionato alle obbligazioni assunte darà luogo alla presunzione contraria.

Ora, per la valutazione di quest'utile dovranno essere tenuti presenti anche dati *subbiettivi* (lo speciale valore di affezione che una cosa può avere per una parte, lo speciale vantaggio che una parte può ricavare dall'avere una cosa in un determinato momento o circostanza ecc.) e, correlativamente, dovrà anche essere tenuto presente il carattere di speciale onerosità che una prestazione abbia in relazione alle particolari condizioni *subbiettive* di uno dei contraenti. Sarebbe addirittura impossibile altrimenti giudicare della vantaggiosità o meno di un contratto, poichè potranno sempre trovarsi delle persone per le quali questo possa essere di indubbia utilità, ed altre che da esso non trarrebbero utile alcuno.

Ponendo a base della azione generale di annullamento la man-

canza di libertà nel consenso, da accertarsi secondo le circostanze del caso singolo, non si può assolutamente evitare una ricerca ed un riferimento alle condizioni subbiettive del contraente, mentre, d'altra parte, essendo scopo della norma quello di colpire i patti usurari, tale insufficiente libertà del consenso dovrebbe vedersi *in re ipsa*, nel fatto stesso, ad esempio, della stipulazione di interessi eccessivi. Ma, se dovesse giungersi a tale conseguenza, sarebbe evidentemente possibile, a chiunque avesse bisogno di denaro, procurarselo promettendo somme vistose per interessi, e, dopo ottenuta la somma necessaria, chiedere al magistrato la riduzione dell'interesse al tasso legale. L'annullamento del contratto, ammesso che il magistrato volesse concederlo, potrebbe poi praticamente essere inattuabile se il mutuatario avesse impiegato la somma e non potesse restituirla che alla scadenza del contratto di mutuo. E, dato per ammesso che una soluzione del genere possa in questo caso anche apparire giusta, sarebbe poi giusta la estensione di un tale rimedio in generale a tutti i contratti?

Il vero si è che, a mio modesto avviso, i meno ad essere colpiti da questa norma sarebbero proprio i patti usurari aggiunti al contratto di mutuo, contro cui la norma è invece particolarmente indirizzata poichè le parti, valendosi di uno degli espedienti escogitati e praticamente in uso per eludere le norme fiscali, potrebbero aggiungere gli interessi superiori al tasso legale alla somma effettivamente data a mutuo, costringendo l'altra parte a pagarli allo scadere del contratto come se si trattasse di somma veramente mutuata.

Ed allora questa disposizione dell'art. 22 del Progetto non servirebbe ad altro se non ad introdurre nel nostro diritto una nuova azione generale di annullamento, oltre quella solita di annullamento per vizio di consenso, in una forma però che si rivela quanto mai pericolosa, e che condurrebbe sicuramente, nella sua attuazione pratica, a conseguenze ingiuste, dando luogo a controversie e dubbi molto più intricati e numerosi di quelli esaminati dal MONTEL in questo suo accurato ed interessante lavoro (n. 7 e segg. pag. 21 e segg. dell'estratto).

XIV Sulla disposizione dell'art. 435 del Progetto si appuntano le critiche del RICCA BARBERIS (*Due errori in una sola norma del Progetto Italo-Francese delle obbligazioni e dei contratti*, Riv. Dir. Agrario 1930, pag. 670 a 672).

L'articolo del Progetto incriminato contempla, come già si è indicato (cfr. la recensione allo scritto del DE RUGGIERO), le ipotesi di miglioramenti introdotti dal conduttore nel fondo locato. Secondo tale testo legislativo i miglioramenti saranno rimborsati dal proprietario se furono fatti *a sua scienza e senza opposizione*. Se questa condizione non si verificasse, il locatore se provi *che tali miglioramenti non gli sono utili*, può farli togliere e farsi risarcire del danno che derivi al fondo da tale rimozione. Se preferisce tenerli, dovrà pagare, o l'ammontare della spesa sostenuta dal conduttore, od il maggior valore del fondo.

Il primo errore consisterebbe nel fatto di applicare la distinzione della utilità dei miglioramenti a quelli introdotti senza la scienza del proprietario, mentre la distinzione nella Relazione è applicata solo a quelli introdotti senza opposizione del proprietario, che era a conoscenza del fatto della loro introduzione. Si verrebbe in questo modo a sottoporre a condizione, secondo il R. B., un diritto che dovrebbe essere pieno ed assoluto (il diritto del proprietario di far togliere i miglioramenti introdotti a sua insaputa).

Il secondo errore sarebbe invece dato dal fatto di permettere al locatore (anzichè al conduttore) di far togliere, ove possibile, i miglioramenti introdotti a sua insaputa. Secondo il R. B. questa disposizione è fondata sulla inveterata confusione tra il diritto di chi migliorò, a togliere il miglioramento, e quello a farlo levare da parte di colui nel cui fondo venne apportato. Giusto sarebbe stato ammettere in questo caso non il secondo, ma il primo diritto, concedendo al conduttore l'*ius tollendi*. La norma, secondo il R. B., dovrebbe pertanto essere così concepita: "Il conduttore che, sciente e non opponentesi il locatore, abbia fatto costruzioni, piantagioni od altri miglioramenti non autorizzati nè vietati dal contratto, e che non rientrino nelle disposizioni di qualche legge speciale, avrà diritto ad essere risarcito nella somma minore tra lo speso ed il migliorato. Se le costruzioni, le piantagioni od i miglioramenti furono fatti ad insaputa del locatore, il conduttore non avrà diritto se non ad asportare ciò che gli sarà possibile ...

(Cfr. al riguardo le risposte e le chiarificazioni del DE RUGGIERO, op. cit. pag. 20 e segg., vedi anche il presente lavoro a pag. 106).

XV. Ad obbietto identico a quello trattato dal RICCA BARBERIS sono rivolti due studi del FUNAIOLI G. B. (*Ancora sul problema dei*

miglioramenti fondiari nel contratto di affitto, Riv. Dir. Agrario 1930, pagg. 638 a 658 - *Nell'attesa di una soluzione legislativa del problema dei miglioramenti nel contratto di affitto*, Studi Senesi 1930, pag. 34 e segg.).

Si tratta di una critica al nuovo Progetto per quel che riguarda la disposizione dell'art. 435. La tesi che il FUNAIOLI ritiene migliore, e che è da lui sostenuta e difesa, si è quella che l'affittuario non possa introdurre nel fondo miglioramenti (che il FUNAIOLI definisce come "opera che modifica lo stato del fondo, incrementandone la produttività ed il valore, caratterizzata dunque per straordinarietà di esecuzione e stabilità di durata,") non pattuiti, o, almeno, non autorizzati. Ove li imprenda, il proprietario potrebbe chiedere lo scioglimento del contratto, od anche, al termine di esso, la rimozione dei miglioramenti compiuti, salvo il risarcimento del danno. Se però i miglioramenti siano stati introdotti, e non si possa o non si voglia chiederne la rimozione, debbono essere dal proprietario rimborsati nella minor somma tra lo speso ed il migliorato. Dovrebbe quindi riconoscersi all'affittuario, secondo il FUNAIOLI, un diritto al rimborso delle migliorie introdotte nel fondo, che il proprietario non voglia o non possa togliere, e non già un diritto nell'affittuario ad introdurle.

XVI. Tra gli ultimi scritti, in ordine di data, comparsi in Italia sul progetto è quello molto accurato e diligente del TEDESCHI (*Sull'obbligazione di esibire secondo il Progetto Italo - Francese delle obbligazioni*, con postilla dell'ASCOLI; Riv. Dir. Civ. 1930, pagg. 582 a 595).

Il TEDESCHI critica il disposto dell'art. 86 del Progetto per il fatto che, secondo l'interpretazione che egli ritiene debba darsi a questa norma, ingiustamente non si sarebbe permesso al giudice di negare l'esibizione di una cosa, quando il detentore invochi un interesse legittimo od altro grave motivo per rifiutarvisi.

L'ASCOLI, nella postilla, dimostra però come tale interpretazione non sia fondata, in quanto il secondo comma dell'art. 86 abbraccia ambedue i casi di esibizione di cosa e di esibizione di documenti, ed in entrambi quindi, e non solo nel secondo, il giudice può negare l'esibizione quando esista un interesse legittimo od altro giustificato motivo nel detentore.

Ritiene poi il TEDESCHI che la esibizione civilistica sia com-

pletamente scissa dalla esibizione processuale e per questo sarebbe incongruo il richiamo fatto nella relazione ai paragrafi: 809-812 B. G. B. ed all'art 879 Cod. Civ. Svizzero, (cfr. però al riguardo la risposta del DE RUGGIERO op. cit. pag. 23 dell'estratto e pag. 107 del presente lavoro).

Illustra quindi il TEDESCHI i diversi casi ai quali il disposto dell'articolo 86 può applicarsi, e si sofferma a criticare il troppo largo arbitrio accordato al magistrato per concedere o negare l'esibizione, arbitrio che non trova che un limite molto generale e fuggevole nella necessità della esistenza di "un interesse legittimo od altro grave motivo", perchè l'esibizione possa venir rifiutata.

In altro lavoro di data più recente (*Legittima difesa, stato di necessità e compensazione delle colpe*, in Riv. Dir. Comm. 1931, I, pag. 738) il TEDESCHI si ferma all'esame ed alla critica di altri due articoli del Progetto (art. 77, 78).

La norma dell'art. 77 appare innanzi tutto al T. *inadeguata*, in quanto in essa dovrebbe esser fatto rientrare il caso di chi arreca danno ai beni degli altri trovandosi in istato di necessità di difendere i beni propri da un danno grave ed imminente. La norma del Progetto sarebbe invece limitata al caso di difesa della propria o della altrui persona, esclusa quindi la difesa dei beni. Il Progetto poi con tale norma avrebbe dichiarato *illecito* l'atto di chi arreca danno agli altri per preservare sè stesso o per proteggere un terzo da un danno imminente e molto più grave, mentre tale atto, secondo la opinione accolta dal TEDESCHI, dovrebbe considerarsi lecito anche se debba dichiararsi l'autore tenuto al risarcimento.

Da censurare poi appare al TEDESCHI il largo potere concesso al giudice nel concedere il risarcimento "nella misura che riterrà equa". Tale "formulazione giudiziale del diritto", dovrebbe essere limitata ai casi in cui essa è giustificata o da "una grande varietà possibile di fattispecie o da un ragionevole perplessità del legislatore a decidere rapporti rispetto ai quali non è ancora formata la coscienza giuridica popolare", mentre tali ragioni non esisterebbero nei casi in esame.

Assolutamente imprecisa sembra poi al TEDESCHI la norma contenuta nell'art. 78 del Progetto. In essa la parola "fatto", non potrebbe intendersi per "fatto colposo", ed il criterio stabilito per la ripartizione del danno sarebbe quindi inattuabile "quando si rifletta che, nella teoria della compensazione delle colpe, si tratta di sta-

bilire da chi debba risarcirsi un danno quando ad un *unico evento dannoso* abbiano concorso danneggiante e danneggiato e che la causa non è graduabile „.

Conclude quindi il TEDESCHI questo accurato esame auspicando che tanto il disposto dell'art. 77 quanto quello dell'art. 78 vengano nel nostro futuro codice più felicemente formulati.

Questi i principali studi sinora comparsi a commento e critica del nuovo Progetto. In altri lavori, anche di più larga mole di quelli sinora esaminati, alcune norme del Progetto sono state richiamate e fatte oggetto di critica (cfr. ad es. MONTEL: *La mora del debitore*, Cedam, Padova, 1930, pag. 131 e segg., pagg. 252, 254 e segg. ecc. - DEGNI: *Lezioni di diritto civile, Compravendita*, Cedam, Padova, 1930, pag. 15, 23 ecc. - ROMANO S: *Opposizioni al pagamento*, cit. pag. 21, 36 ecc.), di essi sarebbe però impossibile fare menzione dettagliata, in quanto l'esame richiederebbe dei commenti troppo larghi, cosa questa non consentita dallo spazio e dallo scopo di queste brevi note.

Una conclusione mi sembra però possibile trarre dall'esame obiettivo delle critiche sinora apparse; ed è quella che, se nel Progetto non mancano delle profonde innovazioni meritevoli di elogio, vi sono pure delle manchevolezze e delle mende, anche se non eccessivamente gravi, che è necessario correggere. Occorrerebbe limitare anzitutto, in misura molto maggiore di quel che si sia fatto i poteri accordati al giudice in troppe norme del Progetto (es. art. 22, 25, 86, 435 ecc.) e questo, non tanto per un ingiustificato senso di sfiducia verso la nostra magistratura, quanto soprattutto per evitare giudicati discordanti in materia di così alto interesse, e dare alle parti, senza necessità di ricorso al giudice, elementi sicuri per accertare quando il contratto da esse stipulato debba considerarsi davvero inattaccabile, e quando invece abbiano il *diritto* di chiederne l'annullamento o la modifica.

Così pure appare giustificata la richiesta di una disciplina, anche generale, ma il più possibile completa, dell'istituto delle obbligazioni naturali, e degli effetti che esse producono (semprechè si ritenga utile un istituto del genere per il nostro diritto), e necessaria appare pure una completa revisione delle norme sulla introduzione e rimborso dei miglioramenti agrari. Le norme accolte nel Progetto al riguardo appaiono lesive delle facoltà principali che ad

un proprietario debbono venir riconosciute nella disposizione ed utilizzazione della cosa propria, e quanto mai pericolose nella loro applicazione, soprattutto oggi che, per le mutate condizioni della economia generale, e del mercato degli immobili e prodotti agrari in ispecie, l'introduzione di miglioramenti (intesa questa parola nel suo senso più generale) anche contro la volontà o ad insaputa del proprietario, potrebbe dar luogo a dei veri e propri ricatti e conflitti di interesse, che sarebbe molto opportuno evitare.

LINO SALIS

Direttore responsabile: Luigi Renzetti

Coi tipi dello Stabilimento Tipografico Editoriale Urbinato - Urbino

