

zu Grunde, die nach Art. 19, 410 ZGB unwirksam war, weshalb auch die zu deren Erfüllung erfolgte Pfandbestellung nicht wirksam sein konnte (vgl. BGE 55 II S. 302), obgleich sie nicht die Aufgabe eines eigenen Rechtes des Bevormundeten in sich schloss. Hieraus folgt nach dem Ausgeführten ohne weiteres auch, dass die Beklagten sich so behandeln lassen müssen, als ob sie das Automobil in bösem Glauben besessen hätten, und zwar von Anfang an. Diese Folge konnte nicht etwa dadurch beseitigt werden, dass die Beklagten nachträglich glaubten, Retentionsrechte in Anspruch nehmen zu dürfen, und deswegen einen Prozess führten. Indessen begann die Ersatzpflicht der Beklagten erst später, nämlich dadurch, dass sie das Automobil dem Kläger vorenthielten, als er dessen Herausgabe verlangte (vgl. Art. 940 Abs. 1 ZGB). Dass hier die Verantwortlichkeit der Beklagten aus bösgläubigem Besitz nicht dem Bevormundeten selbst, sondern einem Dritten zugute kommt, erweckt keine Bedenken; denn wenn die zum Schutze des Entmündigten aufgestellten Vorschriften ausnahmsweise einmal zum Schutz eines Dritten ausschlagen, so gibt dies keinen zureichenden Grund ab, um von ihrer Anwendung abzusehen. Dass es der Kläger und niemand anders sei, der die Herausgabe des Automobils verlangen könne, haben die Beklagten nie in Zweifel gezogen, weshalb Art. 940 Abs. 3 ZGB nicht Platz greift.

Aus diesen Gründen erweist sich das angefochtene Urteil im Ergebnis als zutreffend, und zwar auch gegenüber dem Beklagten Meier-Kägi, der ja nie den Standpunkt eingenommen hat, er mache keinerlei Ansprüche mehr am Automobil geltend, und es könne seinetwegen an den Kläger herausgegeben werden. Die Verurteilung zur Erstattung der Kosten der vorsorglichen Expertise wird durch Art. 940 ZGB ohne weiteres gedeckt, obwohl der Schaden nur auf weniger als die Hälfte des behaupteten Betrages geschätzt wurde.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 25. März 1931 bestätigt.

**59. Sentenza 18 settembre 1931 della II^a sezione civile
in causa P. c. R.**

Causa di paternità. — In materia di filiazione illegittima il giudice non può esigere prova tale, che gli procuri la « certezza » della paternità, bastando, a quest'uopo, indizi seri e concludenti. Ove la madre illegittima pretenda, che i rapporti avuti con altri uomini non possono, per la loro data, essere causa del concepimento, spetta ad essa la prova, che, per lo stato di maturanza in cui il figlio venne alle luce, quei rapporti non poterono essere influenti.

Considerando in diritto:

1. — La questione di sapere, se il convenuto abbia avuto rapporti carnali coll'attrice nel periodo critico, è di puro fatto e la soluzione datale dal giudice cantonale vincola questa Corte, a meno che essa non sia in contraddizione cogli atti o violi principi di diritto federale concernenti l'onere della prova (art. 81 OG; RU 43 II p. 565; 45 II p. 427 ed altre più recenti, quali Gamboni c. Stoffel del 22 giugno 1927, Bassi c. Lotti del 18 maggio 1926, ecc.).

La prima di queste eccezioni non fu sollevata nè oggi, nè, nelle forme di legge, nella dichiarazione di ricorso (art. 67, nuovo, OGF). Nell'odierna discussione il rappresentante degli attori ha però sostenuto, che il giudice cantonale avrebbe violato un principio fondamentale di diritto federale concernente l'onere della prova esigendo, per ammettere il concubito, che gli attori gli fornissero prova tale, da ingenerare nel suo animo la « certezza » che tra la madre dell'infante ed il convenuto fossero intervenuti rapporti carnali nel periodo critico. È vero

che, in materia di paternità, la giurisprudenza costante di questa Corte ha stabilito non potersi esigere una prova diretta nè tale da togliere *ogni* dubbio sul fatto del concubito: per la natura stessa del fatto da dimostrare dovere il giudice ammetterlo, tosto che sia suffragato da una « violenta presumptio » (violenta presumptio fornicationis). Nondimeno, la tesi degli attori si appalesa infondata. Parlando di « certezza » il giudice cantonale ha impiegato una parola impropria e che andava oltre il suo pensiero. Egli l'ha usata per il termine « convincimento ». E che la prova da fornirsi in materia di paternità, per quanto indiretta e basata su meri indizi creando una « presunzione violenta » debba pure essere tale da convincere il giudice, è fuori di dubbio. Nel caso in esame la Corte cantonale non ha richiesto una prova diretta, ma ammette esplicitamente e rettamente che possa essere solo indiziaria. E poichè siffatta prova, quantunque suffragata da indizi gravi e seri, non può assurgere a prova invincibile, cioè ingenerare nell'animo del giudice la « certezza » assoluta che il fatto da dimostrare sia avvenuto, è ovvio che il termine « certezza », usato dalla Corte cantonale, altro non può significare che persuasione o convincimento.

2. — Del rimanente il ricorso non potrebbe essere ammesso anche in base all'art. 314 cp. 2. La Corte cantonale ha ritenuto che nel periodo critico l'attrice ha avuto rapporti carnali con altri uomini. La parte ricorrente ha oggi tentato d'infirmare questo motivo da un doppio punto di vista: anzitutto, contestando che i testi Bassi e Bertolini fossero fededegni ed in secondo luogo sostenendo che se anche avessero avuto rapporti carnali coll'attrice, il primo, com'egli asserisce, nel febbraio del 1928, ed il secondo, il primo gennaio dello stesso anno, questi rapporti non potrebbero far sorgere seri dubbi sulla paternità (art. 314 al. 2), l'infante essendo nato in istato di piena maturanza e dovendosi quindi ammettere che, venuto alla luce il 14 agosto 1928, sia stato concepito nove mesi prima, cioè verso la metà di novembre dell'anno precedente.

a) La prima di queste eccezioni non regge, perchè l'istanza cantonale, dopo aver discusso le deposizioni dei testi Bassi e Bertolini e averne rilevato le manchevolezze, li dichiarò nondimeno attendibili, facendo con ciò uso della facoltà, che le spetta, di libero ed insindacabile apprezzamento del valore delle prove e specialmente, tra divergenti deposizioni, dell'attendibilità dei testi (art. 147 cod. proc. civ. ticinese).

b) Ma non regge neppure la seconda, per riflesso che, a stregua dell' art. 314 al 1, potendo la presunzione di paternità essere dedotta da ogni concubito avvenuto nell'epoca critica, il convenuto poteva limitarsi a fornire la prova dell'eccezione « plurium constupratorum », senza che, inoltre, gli incombesse l'onere di dimostrare che veramente, secondo criteri oggettivi, la gravidanza era dovuta ai rapporti carnali con uno di questi. Sarebbe stato compito dell'attrice dimostrare il contrario, vale a dire che, malgrado il concubito con altri uomini, l'infante, per lo stato di maturità in cui venne alla luce, non poteva esser stato ingenerato se non da chi aveva avuto con lei rapporti carnali verso la metà di novembre del 1927. Ma questa prova non fu nemmeno tentata: dagli atti non risulta che, per lo stato di maturanza in cui venne al mondo, l'infante abbia dovuto essere concepito prima del principio del 1928.

Il Tribunale federale pronuncia:

Il ricorso è respinto.