

sam seien, sei es bei Prozessunfähigkeit des Klägers von der Einreichung der Klage, bei Prozessunfähigkeit des Beklagten von deren Zustellung, oder aber von einem gewissen spätern Zeitpunkt an. Vorbringen der Parteien aber, welches die nähere Prüfung von Verhältnissen anregt, die von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, werden durch das Verbot des Art. 80 OG nicht betroffen (AS 41 II S. 173 f. Erw. 1).

4. — Ist die Prozessfähigkeit nach dem Ausgeführten ein Teil der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit, so bedarf es dazu der Urteilsfähigkeit und können Urteilsunfähige nicht selbst, sondern für sie nur ihre gesetzlichen Vertreter prozessual wirksam handeln (Art. 17 u. 407 ZGB). Wenn es auch dem kantonalen Prozessrechte freisteht, die Vertretung vor Gericht durch gerichtlich bestellte Anwälte vorzuschreiben, so beschlägt dies nur die « Postulationsfähigkeit », während die Prozessfähigkeit und die Art der Bestellung des gesetzlichen Vertreters des Prozessunfähigen ausschliesslich vom eidgenössischen Recht beherrscht wird. Nun spricht sich freilich das Gutachten Ladame über die Urteilsfähigkeit der Beklagten nicht ausdrücklich aus. Indessen ergibt sich aus ihm, dass, wenn auch die intellektuellen Kräfte der Beklagten nicht erheblich vermindert sind, doch ihr Gemütsleben stark gestört ist, ja jeden Gleichgewichts entbehrt. Dieser Zustand schliesst vernunftgemässes Handeln zweifellos aus, und zwar war dies mindestens schon zur Zeit der Anhebung der Klage der Fall, wie es denn ihrem Officialanwalt deshalb ja auch verwehrt wurde, sich mit ihr wegen des Scheidungsprozesses ins Benehmen zu setzen. Bedurfte sie infolgedessen für den Scheidungsprozess eines gesetzlichen Vertreters, für dessen Ernennung nach den massgebenden Vorschriften des ZGB allein die Vormundschaftsbehörde zuständig ist, so genügte die blosser Bestellung eines Officialanwaltes durch das Prozessgericht nicht und waren dessen Prozesshandlungen daher ebenso unwirksam, wie es die-

jenigen der handlungsunfähigen Beklagten selbst gewesen wären. Dieser Mangel wurde nicht etwa dadurch geheilt dass er vor den kantonalen Instanzen nicht gerügt wurde; auch ergibt sich aus dem Verhalten des Beistandes der Beklagten, dass er die Prozesshandlungen ihres Officialanwaltes nicht genehmigt. Somit erweist sich das ganze Prozessverfahren von der Zustellung der Klage an als nichtig. Die Sache ist daher zu neuer Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 17. Januar aufgehoben und die Sache zu neuer Behandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### III. ERBRECHT

#### DROIT DES SUCCESSIONS

##### 4. Sentenza 22 marzo 1922 della II<sup>a</sup> sezione civile nella causa Peverada, contro Peverada-Schira.

Chi invoca un testamento orale deve dimostrare che il testatore non era in istato di ricorrere alle forme ordinarie, vale a dire al testamento pubblico od all'olografo. La consegna dell'atto alla posta all'indirizzo del magistrato (Pretore), non soddisfa all'art. 507 CCS, secondo il quale il testamento deve essere « deposto » presso l'autorità dai due testi. Anche le dichiarazioni che, a stregua dell'art. 507 i testi debbono fare al magistrato, sono elementi essenziali del testamento orale.

A. — Il 18 aprile 1919 (Venerdi Santo) i sigg. Silvio Mella e Basilio Buzzini, trovandosi al capezzale di Peverada Silvio in Loco, ammalato di grippe, redigevano il seguente testamento :

« Loco, 18 aprile 1919.

» In oggi alle ore 6 1/2 pomeridiane al capezzale dell'am-  
 » malato Peverada Silvio fu Vincenzo, ai sottoscritti  
 » ha dichiarato che lascia erede universale la propria  
 » moglie Peverada Severa nata Schira coll'obbligo che  
 » la prefata adempia ai legati dichiarati verbalmente sia  
 » coi enti morali come coi parenti che hanno diritto all'e-  
 » redità. Assolutamente esclude dalla parte d'eredità  
 » quelli che non sono contenti di ciò che la moglie sta-  
 » bilisce e che è conforme all'idea del legatario proprio  
 » marito.

» In fede : firmati :

» Testimonio Silvio Mella fu Paolo.

» Testimonio Basilio Buzzini fu Giov. Maria. »

In un'aggiunta allo stesso atto, immediatamente dopo  
 la loro firma, i due testimoni attestavano quanto segue :

« Loco, 18 aprile 1919.

» I sottoscritti testi dichiarano che il testatore ha di-  
 » chiarato quanto retro come sua ultima volontà testa-  
 » mentaria autorizzandoli a provvedere per la debita  
 » documentazione legale. Dichiarano in fine che il testa-  
 » tore si trovava in istato di piena e completa capacità  
 » a disporre e nel pericolo imminente di morte.

» In fede i testimoni :

» firmati :

» Silvio Mella fu Paolo.

» Buzzini Basilio fu Giov. Maria. »

Sulle condizioni nelle quali questi atti furono redatti  
 il Silvio Mella soprannominato, che aveva assistito il ma-  
 lato durante la malattia, sentito in seguito come teste,  
 ebbe a dichiarare : « Il Peverada stette a letto sei giorni  
 » e la malattia aveva un corso normale. Il medico aveva  
 » buone speranze. La antivigilia di Pasqua » (18 aprile),  
 » giorno nel quale il testamento orale fu redatto, l'amma-  
 » lato si sentiva bene. Solo verso la sera il suo stato si  
 » aggravò. Il testamento era già stato steso due giorni  
 » prima di Pasqua, quando l'ammalato si sentiva bene... »

» In quel giorno » (18 aprile) « il Peverada disse » (indi-  
 rizzandosi ai testi) : « Visto che siete presenti voi due  
 » amici, approfitto per dettarvi le mie ultime volontà  
 » che esposi già alla Severa » (sua moglie, l'attuale con-  
 venuta). « Noi stendemmo il testamento, che venne  
 » poi letto al Silvio, che lo trovò conforme e noi lo  
 » firmammo, poi chiamammo la Severa per fargliene  
 » parte... » « Il Peverada stesso ci disse che il testamento  
 » così steso era valido in conformità del CCS,  
 » aveva letto a suo tempo. »

Il Peverada moriva alle ore 7 1/2 ant. del 20 aprile e  
 (giorno di Pasqua).

B. — Il giorno stesso della confezione (18 aprile),  
 il testamento era stato chiuso in una busta che il teste  
 Mella Silvio consegnava non raccomandata, il 19 aprile,  
 alla posta di Loco all'indirizzo del Pretore di Locarno.  
 Il 21 aprile il sig. Degiorgi Daniele, segretario-assessore  
 del Pretore di Locarno, che si trovava per caso in Loco,  
 ritirava dalla posta il plico e lo portava a Locarno,  
 dove fu pubblicato dal Pretore il 25 aprile, alla presenza  
 de Peverada Attilio e Peverada Angelo, nipoti del testato.

C. — Con petizione del 23 maggio 1919 Peverada  
 Nicolò fu Vincenzo, fratello del defunto Angelo ed  
 Attilio Pio Peverada, suoi nipoti ed eredi legali (come  
 constata l'istanza cantonale), per sè ed a nome del  
 fratello Francesco, assente, chiedevano in linea principale  
 che il testamento fosse dichiarato nullo e che la vedova  
 Severa Peverada fosse tenuta a prestarsi alla divisione  
 dei beni relitti dal de cuius, previo inventario e stima  
 a mezzo di notaio. Chiedevano, in linea subordinata,  
 che la convenuta fosse ritenuta erede universale con  
 vincolo di sostituzione e conseguentemente obbligata  
 a prestarsi a quanto è prescritto dall'art. 490 CCS  
 e quanto meno ad eseguire i legati di cui nel testamento  
 è parola.

D. — Il Pretore di Locarno respinse tutte le domande  
 di petizione.

La sentenza fu confermata dal Tribunale di Appello del Cantone Ticino con giudizio del 17 gennaio 1922, dal quale Angelo ed Attilio Peverada si appellano al Tribunale federale nei termini e nei modi di rito, riproponendo a giudicare le conclusioni dedotte in sede cantonale.

*Considerando in diritto :*

Da decidersi è la questione di sapere se il testamento soddisfa alle condizioni prescritte dagli art. 506 e 507 CCS per la validità del testamento orale.

1. — Il testamento orale costituisce una forma speciale e straordinaria di disposizione di ultima volontà non ammissibile se non nei casi tassativamente contemplati dalla legge. A chi intende prevalersi di un testamento siffatto (nel caso in esame dunque, alla convenuta) incombe anzitutto la prova che esso era lecito, vale a dire che il testatore era impedito di ricorrere alle forme ordinarie di testamento (RU 44 II p. 350), cioè alla forma pubblica od a quella olografa. Chiedesi se la convenuta abbia fornito questa prova. In sede cantonale essa ha dato opera a dimostrare che le condizioni di luogo e di tempo nelle quali il testamento fu fatto e l'aggravarsi, subito dopo, dello stato del testatore, lo avessero impedito di aver ricorso alla forma pubblica o notarile. Ma non occorre decidere se la convenuta abbia raggiunto la dimostrazione di questa tesi perchè, comunque, essa non ha provato che il testatore non fosse in istato di servirsi dell'altra forma ordinaria di testamento, della forma *olografa*. In altri termini, essa non ha dimostrato che il testatore fosse illetterato ed incapace di scrivere anche le poche e semplici parole che costituiscono il suo testamento o che, pur essendo in generale capace di scrivere, non lo fosse nel momento particolare in cui il testamento fu fatto per le condizioni speciali nelle quali versava. Nulla risulta dall'incarto a favore di questa ipotesi. Il costituito precitato

(stato di fatto lett. A) del teste Mella starebbe piuttosto per la tesi contraria. Mella depone in modo assai particolareggiato sullo stato dell'ammalato e riferisce i propositi da esso tenuti immediatamente prima e dopo la confezione del testamento. Ma in niun modo il teste fa cenno ad una impossibilità nella quale il disponente si sarebbe trovato di stendere esso stesso il testamento. Non per necessità, ma perchè i suoi due amici Mella e Buzzini si trovavano casualmente insieme al suo capezzale, l'ammalato preferì la forma orale che riteneva senz'altro lecita e che forse gli tornava più comoda della forma olografa. L'ammalato stava bene, parlava e rideva, riferisce il teste. Il suo stato generale non lo impediva di ricorrere al testamento olografo e che a ciò ostassero impedimenti speciali (per es. paralisi del braccio o della mano o altro impedimento fisico all'uso della penna ecc.), non vien nemmeno allegato.

Nel caso in esame quindi la forma orale del testamento non era lecita (cfr. RU 44 II p. 350 ; 45 II p. 370).

2. — Ma anche a prescindere da questo primo punto, il testamento si appalesa irritato e nullo per molteplici violazioni dell'art. 507 CCS.

a) A stregua di questo disposto, la disposizione orale deve essere deposta « senza indugio » presso un'autorità giudiziaria. Nel caso in esame essa non fu deposta direttamente dal Pretore ma consegnata alla posta al suo indirizzo. Pur ammettendo che questa consegna sia avvenuta « senza ritardo » (il testamento fu fatto alle 6 1/2 di sera e la impostazione avvenne il giorno dopo), chiedesi se questo mezzo di trasmissione del testamento all'autorità sia conforme alla legge. La riposta è negativa. Nella sentenza Alméras contro Weller (RU 45 II p. 527) il Tribunale federale ha dichiarato che l'espressione « senza ritardo » non significa solo immediatamente, ma anche « direttamente », senza intermediari (*sans détours*), ed ha annullato un testamento orale che era pervenuto all'autorità per il tramite di terze

persone. Il principio posto dalla sentenza precitata trova applicazione anche nel caso attuale. La legge non conosce intermediario tra i testi testamentari ed il magistrato o il suo ufficio. Per un seguito uninterrotto di operazioni affidate ai soli testi e succedentesi senza soluzione di continuità, la legge ha inteso impedire che lo scritto sia alterato per opera di un terzo. A questo scopo non soddisfa la trasmissione del testamento per mezzo postale. Un plico consegnato alla posta passa di regola per diverse, qualche volta per molte mani, e taluni mezzi del trasporto postale offrono, in date condizioni (in momenti di disservizio postale o ferroviario ecc.), scarsa garanzia che arrivi incolume a destinazione. La consegna dell'atto per mezzo postale non è quindi conciliabile colle cautele che la legge affida ai soli testi, gli obblighi dei quali, per l'importanza della loro missione, devono essere interpretati con rigore. Oltre che in tali ragioni, questa tesi trova conforto anche nella lettera della legge. L'espressione tedesca « niederlegen » significa, in senso proprio, l'azione del trasporto diretto della cosa al luogo di destinazione. Non essenzialmente diverso è il senso del termine « deporre » di cui fa uso il testo italiano, non potendosi dire, ove si voglia esprimersi in termini propri ed esatti, che si « depone » qualche cosa inviandola al destinatorio per mezzo postale. E il testo francese è ancora meno dubbio poiche parla di « remettre l'écriture entre les mains d'une autorité judiciaire. » Aggiungasi che secondo l'art. 507 il deposito dell'atto presso il magistrato deve essere fatto dai *due* testi (« La disposizione orale... è firmata da ambedue i testi e poscia deposta dagli stessi... »), condizione che sembra praticamente inconciliabile con una consegna alla posta e che, comunque, non si verifica nel caso in esame in cui l'impostazione venne fatta da un teste solo.

b) Secondo l'art. 507 i testi debbono dichiarare all'autorità competente che il testatore ha manifestato loro la sua ultima volontà « nelle particolari circostanze da

loro indicate ». Questo procedimento fu omesso del tutto. I testi non comparvero davanti al Pretore, non vi fecero nessuna dichiarazione e l'autorità procedette semplicemente alla pubblicazione del testamento, come se si trattasse di un testamento notarile od olografo. Questa inosservanza di un preciso precetto di legge basterebbe da sola a rendere il testamento irrito e nullo.

3. — L'istanza cantonale pur, riconoscendo implicitamente che alcuni precetti dell'art. 507 non sono stati osservati, attribuisce loro solo valore di disposizioni d'ordine, la cui trasgressione non infirmerebbe la validità del testamento. Questa opinione, già espressa dallo stesso giudice in altra sentenza (causa precitata Schulze contro Pizzorno, RU 44 II p. 345 e seg.) fu dichiarata erronea da questa Corte. Il testamento orale è atto solenne e tutte le formalità che la legge per esso prevede sono di rigore ed egualmente indispensabili alla sua validità.

4. — Per i motivi che precedono il testamento Peve-rada del 18 aprile 1919 deve quindi venir annullato senza che occorra esaminare le altre obiezioni sollevate dagli appellanti (per es. esistenza di un pericolo di morte nel senso dell'art. 506 ; ammissibilità del deposito del testamento presso il segretario del magistrato o la sua Cancelleria, anzicchè direttamente presso il magistrato stesso ecc.). Tutte queste questioni devono essere riservate.

*Il Tribunale federale pronuncia :*

L'appello è ammesso.