ENRICO REDENTI

PROF. ORDINARIO NELLA REGIA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
INCARICATO NELLA UNIVERSITÀ BOCCONI
AVVOCATO

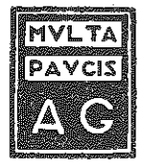
PROFILI PRATICI

DEL

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Non hic centauros, non gorgonas harpiasque invenies :
hominem pagina nostra sapit

MART.



MILANO
DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE
1938-XVI

PROPRIETÀ LETTERARIA

PRINTED IN ITALY

Città di Castello, Società Anonima Tipografica « Leonardo da Vinci », 1938-XVI.

INDICE-SOMMARIO

Parte Prima

DELLA GIUSTIZIA E DEI MODI IN CUI SI AMMINISTRA

Capitolo Primo

DELLA GIUSTIZIA DELLE SANZIONI E DELLE AZIONI

§ 1. Temi metodi e programma. . . . . Pag. 3
§ 2. La « giustizia » contenuto di una funzione esclusiva dello Stato, in ordine al diritto . . . . . » 5
§ 3. Richiami e riflessioni intorno ad alcuni elementi della nozione di giustizia, ed innanzitutto intorno al diritto. . . . . » 7
§ 4. Continuando : richiami e riflessioni in ordine ai soggetti di diritto, come soggetti della funzione di giustizia. . . . . » 26
§ 5. Continuando : richiami e riflessioni intorno allo Stato, come dispensatore di giustizia e come soggetto della giustizia. . » 37
§ 6. Le sanzioni e la loro applicazione come materia di giustizia. » 43
§ 7. Varii tipi di sanzioni : penali e civili, di azione pubblica e privata. . . . . » 48
§ 8. Varii tipi di sanzioni, secondo il loro contenuto specifico e il loro modo di attuazione : le pronuncie del giudice e la loro efficacia ; declaratorie, provvedimenti costitutivi, condanne. » 66
§ 9. Continuando : sanzioni che si attuano in via di esecuzione ; esecuzioni universali e particolari ; « in natura » e in danaro. » 79
§ 10. L'azione privata civile sotto la specie di diritto soggettivo. Azione ed esecuzione . . . . . » 92
§ 11. Vita e vicende delle azioni civili. . . . . » 111
§ 12. Il giudicato e le preclusioni in luogo di giudicato . . . » 126

CAPITOLO SECONDO

DEI PROCEDIMENTI

§ 13. Concezione e struttura del processo in generale ; tipi e varietà di procedimenti. . . . . Pag. 139
§ 14. Cognizione penale e civile e loro eventuale coordinamento. » 149
§ 15. Lineamenti generali del procedimento ordinario di cognizione civile, dei procedimenti per decreto e dei procedimenti cautelari. . . . . » 157
§ 16. Brevi cenni dei procedimenti in materia di giustizia amministrativa. . . . . » 167
§ 17. Lineamenti generali dei procedimenti ordinarii di esecuzione civile . . . . . » 175
§ 18. Lineamenti generali della procedura fallimentare. . . . » 186

CAPITOLO TERZO

DELLA DIFESA STRAGIUDIZIALE E DEL REGOLAMENTO CONVENZIONALE DELLE PROPRIE RAGIONI. CONCILIAZIONI, CONCORDATI ED ARBITRATI

§ 19. Casi e modi di difesa stragiudiziale delle proprie ragioni. . Pag. 193
§ 20. Componimento e conciliazione delle controversie. . . » 197
§ 21. Concordati. . . . . » 204
§ 22. Arbitrati ed arbitramenti . . . . . » 210
§ 23. L'armamento preventivo a difesa dei propri diritti . . » 223

CAPITOLO QUARTO

DELLA COSIDDETTA GIURISDIZIONE VOLONTARIA E DI ALTRE ATTRIBUZIONI DEI GIUDICI

§ 24. La giurisdizione volontaria : casistica. . . . . Pag. 229
§ 25. (continuazione) La giurisdizione volontaria : provvedimenti e procedimenti. . . . . » 239
§ 26. (continuazione) La giurisdizione volontaria : caratteri generali. . . . . » 244
§ 27. Le attribuzioni della autorità giudiziaria in materia di conflitti collettivi del lavoro. . . . . » 246

CAPITOLO QUINTO

IL PROBLEMA PRATICO DEL CHIEDERE GIUSTIZIA

§ 28. Il problema del chiedere giustizia, come problema individuale. Pag. 249
§ 29. Valori di « tornaconto » e valori morali del chiedere giustizia. » 253

PARTE SECONDA

DEL PROCEDIMENTO ORDINARIO DI COGNIZIONE IN CONTRADDITTORIO

CAPITOLO PRIMO

OGGETTO E SOGGETTI DEL PROCESSO

§ 1. Argomento di questa parte speciale. . . . . Pag. 267
§ 2. Oggetto del processo ; presupposti ed accessorii. Molteplicità di oggetti con connessione o senza. . . . . » 269
§ 3. Soggetti del processo. Pluralità di parti per uno stesso oggetto o per oggetti distinti ma connessi. Intervento, chiamata, opposizione di terzi, successione nel processo. . . . . » 274
§ 4. Il pubblico ministero come eventuale soggetto del processo. » 294

CAPITOLO SECONDO

IL GIUDICE. ORGANI, UFFICI, POTERI E COMPETENZE

§ 5. Autorità giudiziaria ; organi, uffici, soggetti ausiliarii ; attribuzioni e poteri. . . . . Pag. 297
§ 6. Tipi di organi giudiziarii ; estremi della loro legittima costituzione nell'esercizio delle loro funzioni. . . . . » 303
§ 7. La competenza ; concetti e criterii generali. Statuizioni sulla competenza e regolamento di competenza. . . . . » 307
§ 8. Norme sulla competenza per « materia e valore ». . . . » 318
§ 9. Norme sulla competenza « per territorio ». . . . . » 331
§ 10. Norme sulla competenza « per connessione e continenza di causa » . . . . . » 336
§ 11. Competenze successive « per grado » e per altre vicende di uno stesso processo . . . . . » 343

CAPITOLO TERZO

LE PARTI, CAPACITÀ, RAPPRESENTANZA, MINISTERO DEI PROCURATORI E DEGLI AVVOCATI

§ 12. Capacità d'esser parte e di « stare in giudizio » ; rappresentanza ed assistenza in giudizio . . . . . Pag. 351
§ 13. Il difetto di capacità, rappresentanza od assistenza negli « atti di procedura » e nel processo. . . . . » 353
§ 14. Prescrizioni legali circa i requisiti di capacità, rappresentanza od assistenza, necessaria o volontaria. . . . . » 364
§ 15. Il ministero dei procuratori e degli avvocati in giudizio. . » 371

CAPITOLO QUARTO

NASCITA E SVILUPPO,
CHIUSURA OD ESTINZIONE DEL PROCESSO.
FUNZIONI DI IMPULSO DELLE PARTI

§ 16. Nascita e sviluppo del processo nelle sue varie fasi: iniziativa ed impulso delle parti . . . . . Pag. 377
§ 17. Chiusura del processo. . . . . » 384
§ 18. La perenzione e la rinuncia agli atti come causa di estinzione del processo o della sua chiusura. . . . . » 388
§ 19. La sospensione e la interruzione della istanza. . . . » 402

CAPITOLO QUINTO

FUNZIONI DELLE PARTI E DEL GIUDICE NELLA
DETERMINAZIONE DEL CONTENUTO DELLA PRONUNCIA FINALE.
FATTO E DIRITTO, PROVE, SPESE, CONTUMACIA

§ 20. Poteri stromentali e mezzi intellettuali del giudice nel processo. Fatto e diritto, « regole di esperienza ». . . . Pag. 409
§ 21. Temi intorno ai quali si polarizzano le funzioni delle parti e del giudice: determinazione della materia del contendere. . » 417
§ 22. Temi (continuazione): la verificazione degli estremi richiesti per decidere del merito. Procedibilità e improcedibilità processuale . . . . . » 423
§ 23. Temi (continuazione): proponibilità e fondamento di merito delle azioni e delle eccezioni. . . . . » 431
§ 24. L'onere della prova rispetto al merito e le funzioni delle parti in ordine alla prova. . . . . » 436
§ 25. Prova e mezzi di prova in generale. . . . . » 444
§ 26. La confessione delle parti. . . . . » 454
§ 27. Prove precostituite e prove semplici (incombenti); produzioni e deduzioni; esecuzione delle prove semplici . . » 460
§ 28. Il giuramento delle parti nelle sue varie figure. . . . » 480
§ 29. Le funzioni del giudice rispetto alla istruttoria ed al merito. Provvedimenti sulle spese e sui danni . . . . . » 485
§ 30. Il regime della contumacia . . . . . » 490

CAPITOLO SESTO

DEI SINGOLI MEZZI DI IMPUGNATIVA
E DELLE RELATIVE FUNZIONI DELLE PARTI E DEL GIUDICE.
COORDINAMENTO DELLE SENTENZE

§ 31. Regole comuni a varii mezzi di impugnativa. Coordinamento di più impugnative contro una stessa sentenza . . . Pag. 501

§ 32. Dell'appello e del ricorso per cassazione. . . . . Pag. 514
§ 33. Opposizione contumaciale, revocazione, opposizione di terzo. » 528
§ 34. Concorso di più sentenze nella formazione del titolo esecutivo e della pronuncia finale . . . . . » 533

CAPITOLO SETTIMO

GLI ATTI DI PROCEDURA COME ATTI DI ESERCIZIO
DELLE FUNZIONI PROCESSUALI

§ 35. Nozione degli atti di procedura. Elementi, e regime giuridico Pag. 539
§ 36. Disposizioni generali sulle forme e sugli schemi degli atti . . » 549
§ 37. Nullità degli atti. . . . . » 567
§ 38. Cenni descrittivi di un processo e dei relativi atti di procedura » 573

PARTE TERZA

DEI PROCEDIMENTI ORDINARI DI ESECUZIONE PER SPROPRIAZIONE CONTRO IL DEBITORE

CAPITOLO PRIMO

AZIONE, TITOLO E PROCESSO ESECUTIVO. OGGETTO, SOGGETTI
E CARATTERISTICHE GENERALI DEL PROCESSO

§ 1. Tema, metodo e premesse di questa parte speciale. . . Pag. 609
§ 2. L'azione esecutiva. . . . . » 612
§ 3. Estremi e condizioni dell'azione esecutiva: il credito e il titolo esecutivo. . . . . » 620
§ 4. Oggetto materiale e contenuto del procedimento. . . » 636
§ 5. Soggetti del procedimento nei suoi varii momenti ed episodii. » 656

CAPITOLO SECONDO

LE FORMALITÀ PRELIMINARI E LA SITUAZIONE GIURIDICA
CHE NE RISULTA. OPPOSIZIONE DEL DEBITORE AL PRECETTO

§ 6. Notificazione del titolo esecutivo e del precetto. . . Pag. 669
§ 7. Situazione giuridica risultante dalla notificazione del titolo e del precetto. . . . . » 678
§ 8. L'opposizione del debitore al precetto. . . . . » 681

CAPITOLO TERZO

SVILUPPI ED EPISODII
DEL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE SUI MOBILI

§ 9. Organi ed ufficii, poteri e competenze . . . . Pag. 687
§ 10. Il pignoramento presso il debitore. . . . . » 690
§ 11. L'ordine di vendita e la vendita. . . . . » 697
§ 12. La fase di reparto e di soddisfazione dei creditori. Opposizioni del debitore, surrogazione, domande in separazione ed altri incidenti di cognizione nell'esecuzione. . . . . » 700
§ 13. Il pignoramento presso terzi e la propalazione . . . » 712
§ 14. Seguito degli atti, in caso di pignoramento presso terzi. . » 719

CAPITOLO QUARTO

SVILUPPI ED EPISODII DEL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE
SUGLI IMMOBILI CONTRO IL DEBITORE

§ 15. Il pignoramento immobiliare (trascrizione del precetto). . Pag. 723
§ 16. Organi competenti per il seguito del procedimento. L'ordine di vendita e la vendita. . . . . » 730
§ 17. Il « giudizio di graduazione » e la soddisfazione dei creditori. La rivendita. . . . . » 739
§ 18. Opposizione del debitore; surrogazione; domande in separazione ed altri incidenti di cognizione nell'esecuzione. . » 748

La « Parte Speciale » sulla Procedura di fallimento, sarà pubblicata a parte come da « Avvertenza » in fine di questo volume.

INDICE ALFABETICO PER MATERIA . . . . . Pag. 755

PARTE PRIMA

DELLA GIUSTIZIA
E DEI MODI IN CUI SI AMMINISTRA

CAPITOLO PRIMO

DELLA GIUSTIZIA
DELLE SANZIONI E DELLE AZIONI

SOMMARIO: § 1. Temi, metodi e programma. — § 2. La « giustizia » contenuto di una funzione esclusiva dello Stato, in ordine al diritto. — § 3. Richiami e riflessioni intorno ad alcuni elementi della nozione di giustizia, ed innanzitutto intorno al diritto. — § 4. Continuando: richiami e riflessioni in ordine ai soggetti di diritto, come soggetti della funzione di giustizia. — § 5. Continuando: richiami e riflessioni intorno allo Stato come dispensatore e come soggetto di giustizia. — § 6. Le sanzioni e la loro applicazione, come materia di giustizia. — § 7. Varii tipi di sanzioni: penali e civili, di azione pubblica e privata. — § 8. Continuando: varii tipi di sanzioni secondo il loro contenuto e il loro modo di attuazione: le pronuncie del giudice e la loro efficacia; declaratorie, provvedimenti costitutivi, condanne. — § 9. Continuando: sanzioni che si attuano in via di esecuzione: esecuzioni universali e particolari; « in natura » e in denaro. — § 10. L'azione privata civile sotto specie di diritto soggettivo. Azioni ed eccezioni. — § 11. Vita e vicende delle azioni civili. — § 12. Il giudicato e le preclusioni in luogo di giudicato.

§ 1. — *Temi, metodi e programma.*

MATERIA prefissa a questa nostra trattazione, è il « diritto
1 processuale civile ». Il proposito è di trattarne in modo praticamente utile, e non solo per chi si avvii all'esercizio delle professioni legali o della magistratura, quanto anche per chi intenda formarsi una preparazione tecnica nella condotta degli affari proprii od altrui o nella gestione di pubbliche o private amministrazioni. Fra tante altre cose

infatti, occorrerà anche sapere come si difendano e si faccian valere giudizialmente, se occorra, le proprie ragioni o come debba comportarsi un avveduto amministratore, quando i suoi compiti incidano in procedure giudiziarie.

Non è esclusa con ciò una vaga speranza, che da queste «posizioni» pratiche traggano più remoto profitto anche gli studii cosiddetti scientifici. Bisognerà pure che una volta o l'altra anche la scienza ridiscenda, in ispirito di umiltà, a rinfrescare i suoi dati e i suoi problemi nella vita di ogni giorno, anzichè esaurirsi nella sublimazione solitaria di qualche concetto. Se avverrà, ne saremo lieti. Ma questo non deve deviarci di un pollice dal primo proposito.

E allora, per giungere a qualche nozione praticamente utile, converrà che si cominci col prospettare, almeno nelle somme linee, il quadro generale della organizzazione ed amministrazione della «giustizia».

Il diritto processuale civile, infatti, non è che il complesso delle discipline, che regolano un modo (o almeno un gruppo dei varii modi possibili) di chiedere e rispettivamente di rendere o amministrare giustizia («procedure civili» in senso lato, arrivando fino a comprendervi, come vedremo, il fallimento).

Male si può conoscere di un modo particolare, se non si abbia innanzitutto un'idea di tutto il fenomeno in generale.

La giustizia, in che cosa dunque consiste? e quale è la gamma dei suoi modi? come e quando entra in attività e chi può chiederla e chi può renderla? e che cosa se ne consegue? Corollario pratico: come si può (e come conviene), caso per caso, provocarne l'esercizio?

Ecco il tema della prima parte della nostra trattazione, che svolgeremo in cinque capitoli.

Del primo abbiamo il titolo ed il tema sotto gli occhi. I successivi tratteranno per ordine:

II. *Dei varii tipi di procedimenti giudiziarii*, e poi: III. *Della difesa stragiudiziale e del regolamento convenzionale delle proprie ragioni; concordati, conciliazione ed arbitrato*, e (quasi in via di parentesi): IV. *Della cosiddetta giurisdizione volontaria e di altre attribuzioni dei giudici*. Finalmente chiuderemo questa parte, considerando in sintesi: V. *Il problema pratico del modo di chiedere ed ottenere giustizia*.

A questa prima parte, in un certo senso «generale», faremo seguire degli svolgimenti «speciali»; e così ci sarà una seconda parte più ampiamente dedicata ai procedimenti civili di cognizione e una terza ai procedimenti di esecuzione civile e ai procedimenti cautelari, una quarta ed ultima dedicata alle procedure di fallimento.

2 La trattazione, naturalmente, è destinata a chi non sia digiuno di studii giuridici. Anzi, intorno ai dati dai quali dovremo prender le mosse (nozione di diritto in generale; nozione dello Stato e dei suoi ordinamenti in generale; nozioni istituzionali di diritto privato; nozioni di diritto amministrativo), dobbiamo presupporre uno stato di informazione già abbastanza ampio e sostanzioso. E per parte nostra ci limiteremo a qualche rapido richiamo o a brevi riflessioni, quando occorrano, piuttosto per rievocare idee ed immagini che supponiamo già familiari alla mente, che non per fornire in proposito un nostro insegnamento originale.

§ 2. *La «giustizia» contenuto di una funzione esclusiva dello Stato, in ordine al diritto.*

3 La «giustizia», di cui per il momento dobbiamo occuparci, costituisce il contenuto di una funzione dello Stato in ordine al diritto: funzione di coazione o di coercizione, affinchè il diritto sia rispettato ed attuato, funzione che si spiega però soltanto a seguito di trasgressioni o di inosservanze già verificatesi, e quindi con carattere reattivo o repressivo contro il «torto» o contro il «maleficio» o talvolta semplicemente contro il fatto che, per una qualsiasi cagione, una prescrizione di diritto non abbia trovato la prevista attuazione. Il che, come chiariremo più avanti, va tecnicamente concepito e considerato come applicazione di «sanzioni», comminate o previste dalle norme giuridiche (v. il § 6, n. 32 e segg.).

Queste «sanzioni», come pure vedremo, possono colpire talvolta l'autore del fatto (che va contro il diritto), come persona fisica, nella sua integrità corporale, nella sua libertà o nei suoi beni, con scopo afflittivo o penale. Altre volte (ed è necessario che sia avvertito fin d'ora) le sanzioni, all'atto pratico, operano sui beni o più in generale sul patrimonio (e talvolta anche su rapporti non patrimoniali) con la finalità di ristabilire oggettivamente, a favor d'altri, un equilibrio od un ordine di cose turbato, piuttosto che di affliggere fisicamente o psicologicamente l'autore del fatto. Nel qual caso la sanzione funziona come una garanzia di attuazione (oggettiva) delle norme giuridiche (v. più oltre i §§ 7 e segg.).

4 SIMBOLICAMENTE, la giustizia «emana dal Re», ma in atto essa è «amministrata» da uffici («organi») appositamente istituiti ed «attrezzati» (come si direbbe volgarmente), ed investiti all'uopo dei necessari poteri: «i giudici»; art. 68 e seguenti dello Statuto del Regno (v. più oltre il § 5).

Questi poteri (di coazione o di coercizione), affidati per il loro esercizio ai «giudici», fanno parte dei poteri sovrani o di imperio proprii dello Stato e — nel nostro ordinamento — soltanto dello Stato, e possono essere esercitati pertanto solo nella sfera della sua sovranità effettiva (§ già citato, n. 29).

5 LA NOZIONE sintetica di «giustizia» data in questi termini, pensiamo debba avere già di per sè un significato intuitivo, ma gioverà ora approfondirla e svilupparla nei suoi elementi, onde le parole abbiano virtù di suscitare una più ricca, più concreta e più materiata visione della realtà del fenomeno.

Dei tre dati o termini fondamentali, coi quali la nozione è costruita (diritto, Stato, applicazione di sanzioni), i due primi sono fra quelli, intorno ai quali presupponiamo già una sufficiente informazione da altre fonti. Soltanto arrivando alla illustrazione del terzo (§ 6 e seguenti), entreremo pertanto nel vivo della materia, che ci proponiamo di trattare.

Ma anche sui primi due sarà necessario, secondo il metodo che ci siamo prefissi (§ 1 in fine), qualche richiamo e qualche riflessione. E fra i due, preferiamo per ragioni didattiche cominciare dal diritto.

§ 3. *Richiami e riflessioni intorno ad alcuni elementi della nozione di giustizia, ed innanzitutto intorno al diritto.*

6 IL DIRITTO positivo, vigente (per noi), è costituito da un ordine di norme di condotta, di cui lo Stato prescrive l'osservanza e la rende in un certo senso coattiva. Quando torneremo più avanti sulla nozione di Stato, vedremo in che modo lo Stato opera e comanda. Ma una cosa per volta.

L'idea empirica di norma, in generale, implica l'idea di un «programma», alla quale si coordina l'idea di un «dovere» di uniformarvisi. Implica inoltre l'idea, che programma e dovere ci vengono proposti od imposti «dal di fuori», il che ci porta verso l'idea di un «comando» altrui, al quale siamo «soggetti» o «assoggettati». Nel diritto positivo vigente, chi comanda — dicevamo — è sempre lo Stato.

In questo modo il diritto (positivo, vigente) si differenzia da altri ordini di norme, in cui il comando ci viene o sembra provenirci da altra fonte, personificata talvolta, quasi per ipostasi, fuori di noi, ma che sgorga in realtà dal nostro stesso spirito o dall'intimo della nostra coscienza o da opinioni socialmente diffuse, alle quali facciamo anche inconscia adesione; norme religiose, morali, della buona educazione o (perchè no?) della moda o dello stile.

Sempre nello stesso modo, il diritto (positivo, vigente) si differenza poi anche da altri sistemi normativi, che vanno pur essi (ma in altro senso) sotto il nome di diritto, e dei quali non intendiamo qui occuparci: per esempio il diritto di genti primitive non ordinate a Stato (orde, tribù ecc).; per esempio (in altro campo) il diritto della Chiesa;

in un certo senso (e in un altro campo ancora), il diritto internazionale cosiddetto pubblico. Nè ci deve imbarazzare nei nostri studii, troppo pedestri per questo, il diritto inteso in senso filosofico, come categoria dello spirito o della concezione generale del mondo. Si prega vivamente di non confondere: per la nostra materia, insistiamo, quello che viene in considerazione è unicamente il diritto positivo, vigente. A questo alluderemo sempre e soltanto, parlando in seguito di diritto, senz'altra qualificazione.

Ma ai fini della trattazione che seguirà, non basta certamente questa nozione generalissima. E' altrettanto indispensabile aver presenti quali sono le fonti del diritto e come dalle fonti si ricavino le norme e come queste si adeguino ai casi concreti della vita, per spiegare rispetto ad essi il loro vigor pratico.

A questo scopo bisogna servirsi di concetti, di schemi, di distinzioni, di classificazioni e di altri sussidii metodici, senza dei quali non se ne viene a capo. E bisogna averli costantemente «sotto mano», anche noi, perchè sono gli stessi che servono a determinare, oltre al contenuto precettivo, anche il contenuto sanzionatorio del diritto «sostanziale», cioè le sanzioni. Nel che sta il presupposto primo per intendere il metodo e le discipline della loro applicazione: diritto «processuale» in contrapposto al diritto «sostanziale».

Son ferri (col dovuto rispetto) del mestiere, anche per noi. A questi dedicheremo i richiami e le riflessioni, che seguono. Ci vuol pazienza, ma senza conoscere i proprii ferri si lavora malamente o, peggio, si sciupa la materia.

CHE LO STATO prescriva, non vuol dire che lo Stato in ogni caso scriva o detti il programma pratico, che comanda di osservare. Qualche volta esso stesso ci impone di osservare dei programmi di altra fonte, come quando ci prescrive di osservare delle consuetudini (es.: art. 2 del cod. civ., 1 cod. comm.), delle regole di «buon costume» (es.: art. 12 disp. prel., 1122 cod. civ.), di equità (es.: art. 1124 cod. civ.), di diritto straniero (es.: artt. 6 e segg. disp. prel.), delle norme corporative o magari anche delle norme meramente tecniche (esempii: nelle leggi sull'ordinamento corporativo, nelle leggi speciali di polizia igienica, di prevenzione di infortuni, nelle leggi speciali contro le frodi in commercio ecc.). Qui, quello che ci viene dallo Stato, è il comando di osservare, e la comminatoria dell'impiego da parte sua di mezzi coercitivi, in caso di inosservanza. Questo basta perchè ne risultino delle norme con efficacia di diritto vigente (per noi).

In questi casi, quando la fonte non è scritta, noi dobbiamo innanzitutto ricavare o rilevare intellettualmente dalla osservazione e dallo studio del fatto, o da altri elementi estrinseci alla legge, il contenuto programmatico della regola, per poi osservarla.

Ma più spesso lo Stato stesso scrive o detta per iscritto anche il programma, e allora abbiamo la figura (piena) della legge (qualunque ne sia la forma: leggi in senso proprio, decreti-legge, regolamenti).

Però, anche in questi casi, bisogna guardarsi dall'identificare concettualmente la norma giuridica, propriamente detta, con le proposizioni che servono materialmente ad esprimere o divulgare, in forma scritta, le prescrizioni programmatiche (cioè, per dirlo più alla buona, con gli articoli dei codici o di altre leggi).

La necessità di dover prescrivere qualche cosa alla generalità dei soggetti di diritto (attuali e futuri), affinchè ciò possa poi avere effetto in concreto per coloro che all'atto pratico vengano a trovarsi in determinate situazioni; la complessità e varietà di queste possibili situazioni, per cui, a volerle prevedere, occorre procedere per analisi, scomponendole in varii elementi, suscettibili all'atto pratico di diverse combinazioni; la stessa insufficienza del linguaggio umano a rappresentare simultaneamente tutti gli aspetti di situazioni complesse e dei loro possibili accidenti; tutto questo (anche a prescindere da inevitabili difetti di redazione) fa sì, che le disposizioni scritte della legge sono di solito frammentarie e, prese singolarmente, incomplete, molte volte necessariamente elittiche o addirittura lacunose.

La norma, come programma concreto, non può dunque risultare se non dal pensiero, che si ricava dalle disposizioni legislative, combinando, coordinando, integrando caso per caso, secondo i caratteri e le esigenze della fattispecie considerata. E sarebbe una aberrazione perniciosa all'intelligenza dei fenomeni giuridici, immaginarsi che la norma sia cristallizzata nelle parole impresse sulle « tavole» (oggi cartacee) della legge.

Quest'opera intellettuale, per cui dalle varie disposizioni e proposizioni, ed eventualmente dal loro coordinamento con altre fonti che siano ivi richiamate, si arriva alla ricostruzione concreta della norma, applicabile alle fattispecie pratiche della vita, è quella che tradizionalmente (ma di solito da un angolo visuale troppo ristretto) si chiama la « interpretazione » della legge.

Tutto questo voleva esser avvertito, perchè anche più innanzi parleremo correntemente di norme giuridichc, ma intenderemo sempre alludere con questo, non già ai testi scritti, bensì alla ricostruzione del pensiero normativo, che deve farsi in via di interpretazione, secondo le esigenze contingenti. E vedremo che questa ricostruzione rispetto alla fattispecie pratica, è la precipua operazione mentale che deve compiere anche il giudice nell'assolvere il proprio compito.

Avvertiamo altresì, che ci avverrà talvolta, nel seguito della trattazione, di usare per brevità la espressione « legge » in luogo di: « diritto (oggettivo) positivo, vigente (per noi) », ciò che sarebbe un po' lungo. Anche in questo caso (e salvo diverse avvertenze), intenderemo alludere al pensiero normativo, e non alla parola delle tavole («testo » della legge).

Su di che sarà utile, quasi in via di parentesi, anche un altro ordine di riflessioni.

I FENOMENI od i fatti della vita sociale sono in qual-
8 che modo la materia prima o la materia bruta, su cui opera il diritto. Ma di solito non li crea o non li suscita, nella loro materialità empirica, come se lo Stato ne escogitasse in questa forma dei programmi di fantasia. Il diritto si limita, in ciascun momento storico, ad operare su fenomeni

che sono già in atto, come prodotto di più profonde e remote origini; li disciplina, li contiene o li fomenta, talvolta li modifica o li trasforma. E di solito la sua influenza pratica su di essi, in questi varii sensi, concorre o combatte, ma comunque si intreccia, con la influenza di altre forze più oscure che ci travagliano: bisogni, istinti, idealità, e con quella di altre fonti normative della nostra condotta: religione, costume ecc. Nessuno crederà, speriamo — e per poco che ci pensi — che, per esempio, il matrimonio, la famiglia, la proprietà, i negozii giuridici, siano istituti creati col codice civile o commerciale, e la cui conoscenza si esaurisca nelle relative disposizioni. Anche quando il diritto è, od appare, espressione di un pensiero creativo originale (come potrebbe dirsi, per esempio, del nostro ordinamento corporativo nelle sue origini), bisogna che si inserisca, per natura di cose, sopra situazioni di fatto preesistenti. Ed a poco a poco, quando sia giunto a modificarle in un certo senso, torna ad intrecciarsi negli sviluppi successivi con influssi di quelle altre forze e di quegli altri fattori, ai quali abbiamo accennato, e ridiscende al suo compito consueto di fattore di regolazione, in loro concorso od in loro antagonismo.

Tutto questo vuol dire, che il pensiero dei dettati legislativi (e in genere di tutte le fonti del diritto) non si apprende, e le norme non si ricostruiscono in concreto, se non studiando, per così dire, sul vivo e in tutta la loro complessità, i fenomeni, sui quali il diritto incide. Uno studio che sia condotto sulle aride formule verbali dei testi, sviluppandole logicamente ma in astratto, sopra un piano immaginario, dove esse soltanto siano in giuoco e dove i casi della vita vengano a trovarsi proiettati a questo effetto, come ombre senza corpo, non può dare che dei risultati metafisici; non serve certo di guida pratica o sarà una guida fallace, per chi voglia vivere attivamente in questo mondo e non filosofare in solitudine.

Chiudiamo la parentesi e torniamo ancora una volta alle norme, e ai concetti, schemi e altri sussidii metodici necessarii per ricostruirle ed applicarle.

Il comando a carico di qualcuno, è dato bene spesso
9 — come tutti sanno — a vantaggio di altri. Allora il limite alla libertà od alla attività degli uni profitta agli altri; protegge e tutela un interesse loro, una loro aspettativa, una loro pretesa oppure crea o riserva a loro un lor proprio campo specifico di più libera attività o, in un certo senso, di loro signoria.

La situazione regolata o disciplinata dal diritto (inteso in senso «oggettivo», come ordine di norme) viene ad avere, in questi casi, come due lati o due faccie complementari. Se da un lato c'è il dovere o la soggezione, dall'altro lato viene ad esserci (anche nel senso usuale delle parole) un diritto («soggettivo» o «in senso soggettivo») altrui o quanto meno un interesse protetto altrui (e vedremo dopo il diverso senso di queste espressioni). Se da un lato, per modo di dire, nasce un debito (che è un dovere), dall'altro nasce un credito (che è un diritto soggettivo); se da un lato nasce un obbligo di non ledere, dall'altro ci sarà per lo meno (se non sempre un vero e proprio diritto soggettivo) un interesse (protetto) a non essere leso.

Questo aspetto, ben noto, delle posizioni considerate dal diritto, ha una importanza capitale per intendere tutto il meccanismo del sistema.

Basta prendere in esame infatti qualche testo fondamentale delle nostre leggi, per esempio il codice civile o quello di commercio, per vedere, come le loro disposizioni molte volte non sono concepite o formulate in funzione dei doveri giuridici, bensì in funzione dei diritti (soggettivi) corrispondenti, ed è pertanto dallo studio dal lato: «diritto (in senso soggettivo)», che si può arrivare alla ricostruzione della norma dal lato: «dovere» o soggezione. Vogliamo un esempio tipico? La proprietà. La struttura giuridica della proprietà, elementarmente risulta da doveri altrui verso il proprietario (dovere di non sottrarre, di non invadere, di non turbare ecc.). Ma nel codice compare invece fondamentalmente come un diritto (in senso soggettivo s'intende), che viene «riconosciuto» dalla legge (cfr. l'art. 29 dello Statuto), e intorno al quale si danno poi disposizioni, per regolare il

suo esercizio o per imporre ad altri dei doveri di rispetto. Il codice civile comincia infatti col definire la proprietà proprio così: «il diritto di godere e di disporre ecc.» (art. 436); e prosegue nelle sue disposizioni, sempre muovendo dal concetto espresso in questa definizione.

Tutto ciò deriva o dipende, in gran parte, da quanto si è già accennato più sopra, e cioè che la legge non crea, non inventa, ma opera su fenomeni socialmente già in atto. Così interviene a tutelare interessi già socialmente caratterizzati e concretati come tali o ad impedire abusi od eccessi nelle iniziative individuali per difenderli o farli valere.

Queste rilevazioni banali, a torto si trascurano nel campo dei nostri studii, onde poi difficoltà, oscurità e soprattutto discussioni interminabili ed inconcludenti, perchè male impostate dall'origine. Dalle quali tutte è «pratico» guardarsi, anche se ciò richieda inizialmente un esercizio di pazienza, quasi grammaticale.

Così, per esempio, vedremo che sanzioni, azioni e procedure civili si differenziano dalle altre, in quanto stanno a garanzia di diritti soggettivi o di interessi individuali protetti. Le azioni stesse finiscono d'altra parte col prender figura di diritti. Tutto questo non si può intendere se non prendendo le mosse da queste categorie concettuali.

E cominciamo dai diritti soggettivi tipici, in contrapposto a quelli che chiameremo più tardi atipici od amorfi.

Certi tipi (schemi) di interessi, già economicamente o
10 socialmente ben caratterizzati, sono presi in considerazione dal diritto, onde predisporre per ciascun tipo dei sistemi normativi organici, di protezione e di delimitazione insieme. Ne risultano così delle figure, giuridicamente schematizzate in astratto, di diritti soggettivi tipici a struttura definita, predisposte come delle forme, delle matrici o — diciamo così — dei conii, sui quali viene poi ad inserirsi e prendere effigie giuridica la realtà degli interessi e dei rapporti concreti, a seconda del loro tipo economico o sociale (e ciò anche se il conio sia talvolta incompleto e lasci spazio per il cesello individuale).

Così, figure giuridicamente schematizzate in astratto (tanto per ricordare qualche tipo principale) risultano predisposte, per esempio, come sistema giuridico di protezione e di delimitazione del godimento di beni economici corporali o materiali (cose). Tali sono le figure dei diritti reali propriamente detti (proprietà, definita nell'art. 436 già citato; usufrutto, definito nell'art. 477; servitù prediale, definita nell'art. 531 ecc.). Altre figure dello stesso genere, risultano predisposte per la utilizzazione pratica di certe creazioni di ordine intellettuale (diritti di autore in ordine alla ideazione di un'opera d'arte, diritti di privativa in ordine ad una scoperta o ad un trovato industrialmente sfruttabile ecc.: cfr. l'art. 437 del cod. civ., con le leggi speciali alle quali esso rinvia). Un proprio sistema di delimitazione e di protezione, che conferisce loro, a loro volta, una figura tipica astrattamente definita (sebbene con più larghi spazii per il cesello), hanno anche i crediti (corrispondenti ad una vera e propria obbligazione altrui), come ragioni giuridicamente tutelate (ed assistite pertanto da una relativa certezza di realizzazione), per conseguire da altri qualche cosa (arg. dalle disposizioni del titolo IV, libro terzo, del cod. civ. che, definendo e disciplinando le obbligazioni, disciplinano anche la figura dei crediti corrispondenti. Così li vediamo poi menzionati nell'art. 418 fra i « beni » e li vediamo ricomparire per es. all'art. 1538 e segg. come suscettibili di cessione).

A questa concezione delle figure tipiche dei diritti soggettivi, si collega tutta una ideologia caratteristica, per cui i diritti che vengano a modellarsi in concreto su quelle figure, si concepiscono come materiati nella realtà in sè e per sè, al di fuori delle persone e incardinati piuttosto sul bene economico, che ne forma l'oggetto, salvo poi esser attribuiti in concreto ad una od altra persona, in modo che vengano ad « appartenerle », nel qual caso questa si concepisce a sua volta come « titolare » del diritto (cfr. gli artt. 425 e segg. cod. civ. e l'art. 1538 che per esprimere questa « appartenenza » dei diritti di credito, parla addirittura di « proprietà » del credito). Il che qualche volta porta poi a confondere il bene economico col diritto e a parlare di appar-

tenenza alla persona del bene economico anzichè del diritto (v. per es. gli artt. 425 e segg. cod. civ., già citati).

11 ALLA CONFIGURAZIONE schematica dei diritti soggettivi tipici in astratto (sui beni od ai beni), si coordina poi, necessariamente, tutto un altro ordine di discipline sulla loro attuazione pratica, in concreto, per determinare cioè come materialmente si dia vita, in pratica, a dei singoli diritti soggettivi in atto, effigiati su quelle figure, e per determinare altresì, quali possano essere le loro vicende successive. Se quelle figure astratte e statiche sono come dei conii, è chiaro, per perseguire la stessa immagine, che i conii non sono la moneta; e resterà da sapere come e con che sostanza la moneta si conia (e, occorrendo, si cesella) e come la si acquista e come la si spende, come la si cambia e come la si rifonde o la si fa altrimenti uscire di circolazione. Tutto questo costituisce in qualche modo il regime dinamico (di vita) dei diritti soggettivi concreti; ed è qui, che trovano luogo, in gran parte, le disposizioni di legge sui « fatti giuridici » e sugli « atti » o « negozii giuridici ».

Così, per esempio, sappiamo dalla definizione e dall'ordinamento della proprietà in astratto, che essa configura schematicamente un diritto soggettivo « di godere » (e vedremo poi dopo, perchè la legge aggiunga anche: « di disporre ») delle cose. Ma nella realtà pratica empirica, la proprietà in concreto non può trovare attuazione, se non in quanto sia riconosciuta od attribuita a singoli soggetti, in ordine a singole e determinate cose, materialmente esistenti (una data tavola, una data sedia, un libro, un orologio, un fondo, una casa ecc.). Il che vuol dire che la proprietà non potrà dunque avere attuazione effettiva, in concreto, se non sia stabilito come ciascun singolo soggetto possa praticamente conseguire un così fatto diritto, rispetto a singole determinate cose. Così il diritto di autore potrà attuarsi, in concreto, soltanto rispetto alla ideazione di certe e determinate opere d'arte. Bisognerà dunque stabilire, come può conseguirsi in concreto questo diritto, rispetto a singole determinate ideazioni (di una statua, di un quadro, di un poema ecc.), co-

minciando col determinare come queste si individuano. Un credito non può sussistere, se non come ragione di conseguire in concreto una prestazione determinata di qualche cosa, da una determinata persona. E così di seguito.

Troviamo pertanto nelle nostre leggi innumerevoli disposizioni, che servono precisamente a determinare per quali fatti possano sorgere « originariamente » a favore di certe persone dei diritti soggettivi concreti, che prima non esistevano (es.: « occupazione » di cose: art. 711 cod. civ.; ideazione di un'opera d'arte o di un trovato, quando sia seguita dall'adempimento delle formalità prescritte nelle relative leggi speciali; costituzione di una obbligazione e quindi del credito corrispondente: art. 1097 e seguenti cod. civ. ecc. ecc.).

Altre disposizioni stabiliscono come i singoli diritti in concreto possano essere « trasferiti » da una persona ad un'altra. Questa concezione, della trasferibilità e del trasferimento, trae le sue premesse, come abbiamo già avvertito, dalla concezione del diritto soggettivo, come qualche cosa di estrinseco alla persona e che le appartiene nell'ordine esterno. Di qui si deriva, che un diritto possa cessare di appartenere ad una persona per passare nella appartenenza o pertinenza di un'altra, rimanendo materialmente lo stesso, come se oggettivamente trapassasse da quella a questa o come se, nella titolarità del diritto (che rimane oggettivamente lo stesso), un soggetto succedesse in luogo di un altro (e qui abbiamo, come è noto, le successioni a causa di morte e la successione e i trasferimenti per atti tra vivi, per effetto di contratti o di altri negozii giuridici; art. 710 cod. civ.). In questi casi, l'acquisto da parte della persona a cui il diritto si trasferisce, si dice « derivativo », e la persona che acquista si considera secondo i casi come « erede o avente causa » di quella che scompare (nelle successioni a causa di morte) o « avente causa » da quella che cede (nel trasferimento tra vivi).

Tutto un libro (il terzo) del codice civile (oltre ad infinite altre disposizioni sparse) è dedicato precisamente ai « modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e altri

diritti sulle cose » (comprendendo in questo ambito anche gran parte della materia delle obbligazioni e dei crediti, anche perchè il loro adempimento — pagamento — si risolve bene spesso, in definitiva, nell'acquisto di diritti su cose o nel trasferimento di diritti su cose).

I diritti soggettivi in concreto, si possono anche modificare o trasformare, per vicende successive alla lor nascita, onde muta in parte la loro configurazione, senza tuttavia che si possa vedere in ciò una estinzione coordinata alla nascita di un diritto nuovo. Così avviene, per esempio, quando una obbligazione di dare o fare qualche cosa, non adempiuta, si trasforma in obbligazione di risarcire i danni (art. 1218 del cod civ.). Qui si potrebbe dire che sull'impronta della matrice o del conio originario, si sovrappongono, per eventi successivi, delle impronte diverse.

Finalmente i diritti in concreto si estinguono, talvolta senza lasciare residui apprezzabili nell'ordine giuridico (come, per esempio, quando si distrugga una cosa di cui si ha la proprietà, consumandola, o si estingua, per prescrizione o per remissione del debito, una obbligazione), tal altra volta generando, attraverso lo stesso fatto che li estingue, dei diritti nuovi o un trasferimento di altri diritti od un accrescimento di diritti altrui (come avviene, per esempio, nell'adempimento delle obbligazioni, nella prescrizione acquisitiva, nella estinzione di diritti reali su cose altrui). E anche qui, naturalmente, c'è tutta una serie di disposizioni per disciplinare anche questi fenomeni.

Alla concezione della appartenenza e ai fenomeni della trasferibilità e, in parte, a quelli relativi alla trasformazione dei diritti e alla loro estinzione, si connette pertanto il concetto della « disponibilità » o della « facoltà di disporre », che presenta pur esso una notevole importanza per noi. Si parla di « facoltà di disporre », quando un soggetto (che sarà di solito quello stesso a cui appartiene il diritto) può, con atti o fatti proprii, trasferirlo ad altri, modificarlo o talvolta estinguerlo. Questo concetto attiene da un lato alla natura stessa del diritto, in quanto riguarda cioè la attitudine del diritto ad essere trasferito. E così si spiega, per

esempio, come nella definizione della proprietà troviamo menzionato, più o meno esattamente, il diritto di disporre a fianco di quello di godere (art. 436 cod. civ.). Dall'altro esso (come il concetto di appartenenza) contempla piuttosto la relazione tra il diritto (concepito come qualche cosa di estrinseco) e le persone. Di solito, ripetiamo, la appartenenza implica anche la facoltà di disporre. Eccezionalmente però vi sono dei casi, in cui la facoltà o il potere di disporre si scinde e viene devoluto ad altri. Ne vedremo dei casi tipici anche in materia di applicazione di sanzioni. Talvolta esso può essere esercitato solo in concorso di altri (come, ad esempio, nel regime della dote).

ALLA CORRELAZIONE tra doveri e diritti o fra soggezioni e diritti, attinge, fino ad un certo punto, i suoi elementi
12 anche il concetto di « rapporto giuridico », del quale fanno uso (pur senza adottare espressamente questa terminologia) molte disposizioni di legge, e del quale anche più largamente fanno uso gli interpreti.

Però si sconfina nel campo delle costruzioni teoriche più o meno eleganti, ma incongrue per i compiti della interpretazione, quando si voglian ridurre, quasi per analisi, tutti i fenomeni disciplinati dal diritto a tanti singoli rapporti individuali fra un singolo soggetto ed un altro. Vero è invece che in moltissimi casi il diritto, quando predispone, per esempio, delle figure tipiche (schematiche) di diritti soggettivi, dà delle disposizioni, che da un lato riguardano bensì un determinato soggetto (titolare dell'interesse e quindi del diritto), ma dall'altro riguardano una pluralità di altri o magari la universalità degli altri. Così, per esempio, quando interviene per stabilire la protezione dell'interesse al godimento esclusivo di cose, viene a prevedere un rapporto complesso, ma unico, fra il titolare (proprietario) e l'universalità degli altri soggetti (tenuti a non impedire o turbare il godimento). Ora si distruggerebbe il carattere proprio di questa figura, quando si volesse ridurla viceversa, per analisi, ad una costellazione innumerevole di altrettanti singoli rapporti giuridici, distinti ed autonomi, tra

il proprietario e tutti i singoli altri soggetti di questo mondo, uno per uno. Anche la proprietà si può ridurre cioè al concetto di rapporto giuridico, ma come un rapporto (di uno con tutti) e non come un raggruppamento di tanti rapporti (di uno con ciascuno di tutti gli altri). Un rapporto tra uno ed uno, potrà essere il debito ed il credito. Ma se più persone si uniscano per esempio in società (civile, non avente personalità giuridica), il rapporto sarà uno, fra tutti loro, e non tanti rapporti di ciascuno con ciascuno.

Inteso con sano realismo, nel senso da noi accennato, il rapporto giuridico serve a rappresentare in gran parte gli stessi fenomeni del diritto soggettivo, ma con maggiore pienezza di rappresentazione, proprio perchè ce li prospetta incarnati od impersonati simultaneamente in tutti i loro soggetti ; e serve poi assai meglio a prospettare delle situazioni in cui vi sono simultaneamente debiti, crediti e soggezioni reciproche, in combinazione fra loro, come appunto nell'esempio della società. Meglio ancora può servire, il concetto, per legare fra loro con unico filo le vicende successive di una determinata situazione di relazione, e le sue trasformazioni nel tempo, coordinando la varietà degli accidenti col persistere di una unica sostanza essenziale, che perdura. Così, meglio possono rappresentarsi, per esempio, il rapporto di società già ricordato (persistente nel tempo, non ostante la varietà dei casi, ai quali può dar luogo), rapporti (anch'essi più o meno persistenti) di mandato, di impiego, di assicurazione ecc. ecc.

In questo modo, la figura concettuale del rapporto giuridico riesce effettivamente utile, e qualche volta indispensabile, al ragionamento e alla rappresentazione dei fenomeni giuridici, anche perchè ha le sue radici in una concezione pre-giuridica, comunemente ricevuta. Diversamente inteso, non serve a niente o confonde le idee.

Naturalmente, inteso il rapporto giuridico nel senso da noi accennato, anch'esso viene ad avere una sua dinamica di attuazione concreta, come la hanno i diritti soggettivi; e così possiamo parlare di rapporti che nascono, si tra-

sformano o si modificano, mutano di soggetti per fenomeni di successione o di trasferimento e finalmente si estinguono. Su di che, non ci sarebbe che da ripetere, adattandole, molte cose già dette appunto per i diritti soggettivi.

Riprendiamo piuttosto a mettere a posto altri pezzi e altre pedine del nostro scacchiere.

13 Il complesso dei diritti (e quindi dei beni) e delle obbligazioni (debiti) o, se così si vuol dire, dei rapporti giuridici di contenuto economico, attivi e passivi (nel senso che abbiamo attribuito finora a queste espressioni), che in un determinato momento abbiano per loro soggetto una stessa determinata persona, costituiscono il suo « patrimonio ».

Il fatto stesso di appartenere o di spettare ad una data persona, viene ad implicare, già di per sè, una specie di coordinamento centripeto fra di essi. Ma questo implica od istituisce anche uno stato di correlazione reciproca, non foss'altro perchè i beni (attività) devono servire al soddisfacimento dei debiti (passività), e su di essi si attuano, come vedremo, anche le sanzioni applicabili in caso di inadempimento. Questo spiega, come talvolta il patrimonio possa distaccarsi, per così dire, da una determinata persona (in tutto il suo complesso organico) per trapassare ad un'altra (come nei casi di successione a titolo universale) oppure essere temporaneamente amministrato « per conto di chi spetta », mentre si ignora quale sia (o quale sia per essere) il suo titolare (come nei casi di eredità giacente o devoluta sotto condizione, nei casi di « assenza » ecc.) od esser liquidato nei suoi varii elementi per soddisfare col ricavato dell'« attivo » tutto il « passivo », cioè tutti i creditori (come nel caso di fallimento).

Diciamo così delle cose che tutti sanno ? Tanto meglio. Basterà ricordarsene. E ce n'è anche qualche altra, da non dimenticare.

14 Non tutte le situazioni o le relazioni considerate dal diritto possono ridursi alle figure di diritti soggettivi

tipici o di rapporti giuridici tipici, secondo quello che ne siamo venuti dicendo più sopra, nè si può dire che tutti vengano a far parte del patrimonio.

Qui ci sono diverse avvertenze da fare, che in parte sono veramente concettuali, in parte sono semplicemente terminologiche.

Qualche volta il nome di diritto si dà a posizioni particolari che possono assumere gli stessi diritti soggettivi tipici, considerati a certi effetti, in certi elementi del loro contenuto oppure nell'atteggiamento, che assumono in determinate contingenze o in determinate direzioni. Così, per esempio, si sentiranno chiamare tavolta « diritti » le singole facoltà del proprietario, rispetto alla cosa « sua » (lo stesso art. 436 parla di diritto di godere, come un contenuto del diritto di proprietà, ma sentiremo parlare, per esempio, di un diritto di coltivare, di edificare, di cogliere i frutti, di scolare le acque ecc.). Questi non sono evidentemente diritti tipici distinti, a sè stanti, ma è lo stesso diritto di proprietà, che viene considerato in un suo particolare atteggiamento. Si tratta semplicemente di uno spostamento dell'impiego della parola (diritto), che ha una importanza piuttosto terminologica che sostanziale.

Ci sono invece delle situazioni giuridiche che qualche volta si sogliono qualificare o classificare come diritti soggettivi, sebbene non abbiano una figura giuridicamente schematizzata e definita nel senso veduto più sopra e non riguardino degli oggetti particolari (beni), che si possano concepire come estranei od estrinseci alla persona e tali da poter appartenere ad alcuni piuttosto che ad altri e da poter esser acquistati, trasferiti, modificati od estinti con atti o fatti di disposizione. Queste situazioni derivano da certe norme generali di condotta, che sono date dal diritto in modo oggettivo, generale ed indeterminato, a tutti e per tutti i soggetti. Con ciò esse tutelano bensì degli interessi di ciascuno, contro il verificarsi di determinati eventi, ma senza poter individuare il contenuto di questi interessi con delle configurazioni tipiche circoscritte e definite (figure chiuse).

Un esempio può spiegare meglio questo concetto. C'è una norma generale la quale ci vieta (costantemente ed a tutti quanti) di comportarci nella vita sociale da persone sventate, qualunque cosa stiamo facendo o dicendo, e ciò all'effetto di non recar « danno » ad altri per « colpa » (imprudenza o negligenza); ed ancor più ci divieta, ben s'intende, di recar « danno » deliberatamente e per mal animo (« dolo » in senso generico), sotto comminatoria di dover risarcire altrimenti il danno: art. 1151 cod. civ. Non c'è dubbio, che questa norma tuteli degli interessi di grandissima importanza (non esser danneggiati da altri). Ma ne sorgono delle figure di diritti soggettivi tipici definiti, nel senso veduto più a dietro? Riteniamo che, in massima, si debba rispondere di no. Tutt'al più, analizzando il concetto di danno e di colpa, ed esaminando i casi pratici di applicazione della norma, troveremo, che gli interessi così protetti, talvolta sono già materia di altri diritti soggettivi tipici, ed allora la norma va a confondersi all'atto pratico nel sistema protettivo di quei diritti tipici (es. in caso di danneggiamento di cose di nostra proprietà). Altra volta troveremo invece, che ne riescono protetti degli interessi personali di altro genere, più o meno caratterizzabili; e allora potremo parlare più o meno genericamente per esempio di un diritto (tutelato contro le offese) alla integrità fisica personale o alla integrità della fama sociale o morale, di un diritto di libertà personale, di un diritto all'esercizio del commercio in regime di lealtà di concorrenza ecc.

Però non si arriverà, neanche per questa via, a costruire delle figure circoscritte e definite, che presentino i caratteri di quei diritti soggettivi, che più sopra abbiamo chiamato « tipici »; e così non si potranno trasportare a queste figure le regole che riguardano la costituzione e l'acquisto, i trasferimenti, le modificazioni, la estinzione dei diritti tipici. Volendo parlare dunque, anche in questi casi, di diritti soggettivi (alla integrità personale, alla libertà ecc.), dovremo avvertire che si tratta di diritti generici, « atipici » od « amorfi ». E meglio sarebbe forse parlare soltanto di interessi « genericamente, (sebbene direttamente) protetti » dal diritto.

Vero è invece — ed è quello che maggiormente può interessarci — che dalla violazione di queste norme generali di condotta e dei relativi interessi protetti, possono nascere (per generazione secondaria) dei diritti soggettivi caratterizzati e tipici, per esempio un diritto al risarcimento dei danni, che è un credito di danaro (art. 1151, già citato).

15 ALTRI INTERESSI, sebbene non direttamente protetti, possono pure trovare tuttavia, in determinate contingenze, una certa tutela giuridica, ma con un regime sensibilmente diverso.

Conviene rilevare innanzi tutto, a questo proposito, che di solito le norme che pongono dei doveri giuridici a certi soggetti per certi determinati scopi oppure attribuiscono a certi atti o fatti giuridici determinati effetti, prescindono dalle conseguenze indirette o « riflesse », di mero fatto, che possono poi derivarne per altri soggetti estranei. Questi ultimi, appunto per ciò, si sogliono chiamare « terzi » in contrapposto alle « parti », per le quali si spiegano gli effetti diretti ed immediati. Non vogliono certamente negare la innegabile esistenza di conseguenze di fatto di questo genere (riflesse), disposizioni come quella dell'art. 1130 cod. civ., le quali vogliono delimitare soltanto l'ambito degli effetti diretti, ed escluderne i terzi. E sarebbe intenderle a rovescio, intenderle diversamente.

Di solito anzi, la legge non accorda a questi terzi neppure il mezzo di reagire legalmente contro il pregiudizio che possa derivare loro, per riflesso, dagli effetti diretti di atti o fatti altrui o dalla altrui inosservanza di norme, che non li riguardano (loro, terzi) direttamente.

Vi sono peraltro delle eccezioni. Ed anche qui, qualche esempio spiegherà l'indole della regola e delle eccezioni insieme.

Quando una persona acquista od aliena dei diritti, oppure ne cura (o viceversa ne trascura) la realizzazione, impin-

gua o depaupera gli elementi attivi tangibili del proprio patrimonio. Ciò può avere delle conseguenze riflesse per i suoi creditori, i quali vedono in questo modo accrescersi o andare in fumo le « garanzie » di realizzare a loro volta i proprii crediti. Normalmente però, gli interessi di questi creditori non sono presi in considerazione e tutelati dal diritto, il quale esclude anzi, che costoro possano insorgere contro gli atti del loro debitore o impedirgli di disporre liberamente dei suoi beni o costringerlo a comportarsi in un modo piuttosto che in un altro. Costoro non hanno modo in altri termini di reagire contro le conseguenze riflesse, che li pregiudichino. Però, se il loro debitore alieni dei beni con l'intento di defraudarli (di fatto) della possibilità pratica di realizzare i loro crediti, allora — in questa particolare contingenza — il diritto consente loro di insorgere e di impugnare gli atti « in frode delle loro ragioni », andando a ferire anche gli effetti diretti fra le parti (art. 1235 cod. civ.). Similmente, se il loro debitore trascuri di realizzare i proprii diritti, con pregiudizio (di fatto) « delle loro ragioni » (nel senso or veduto), possono surrogarsi a lui (art. 1234). In questa contingenza particolare, un loro interesse meramente riflesso (di fatto), che di regola non è tutelato nè considerato dal diritto, viene invece ad essere protetto.

Un altro esempio. La legge riconosce come regola la libertà di contrarre matrimonio, quando concorrano certe condizioni o non ostino certe circostanze. Il fatto del matrimonio può produrre delle conseguenze riflesse anche per delle terze persone, ma di solito queste non possono insorgere contro il matrimonio altrui, che pur pregiudichi dei loro interessi. Però quando questo sia stato contratto in contravvenzione a certe disposizioni, la legge consente anche a dei terzi, interessati per riflesso, di impugnarlo (art. 104 cod. civ.).

Ancora: ci sono talvolta delle norme che pongono dei limiti o delle prescrizioni di forma a certe attività, non nell'interesse di altri, ma nell'interesse della stessa persona alla quale è rivolta la prescrizione oppure in vista di interessi collettivi, di cui quella stessa persona deve aver

cura. Allora all'obbligo non corrisponde un diritto individuale o un interesse individuale di singoli altri soggetti, direttamente protetto da quella norma. Vedremo tuttavia, che talvolta anche la violazione di queste norme può dar luogo a fenomeni reattivi e ad esercizio della funzione di giustizia, su iniziativa di « qualcuno » che abbia interesse a veder modificato o annullato l'atto, che ne implica la violazione, pur non essendo il suo interesse (individuale) direttamente contemplato e protetto dalla norma.

In questi casi parleremo, tanto per intenderci, di interessi riflessi, solo « occasionalmente protetti », oppure (perchè i casi non sono tutti identici e qualche volta bisogna invertire i termini) di interessi « protetti solo per riflesso » (e cioè per un riflesso di norme, che non sono o non sarebbero dettate in realtà per loro). In molti casi è invalso l'uso di chiamarli « interessi legittimi » (terminologia usata anche dall'art. 104 cod. civ.), in contrapposto ai diritti soggettivi (tipici od atipici).

La parole comunque poco importano, purchè si abbia l'idea del fenomeno e non lo si confonda con altri, di cui abbiamo parlato prima.

Volgiamo, con questo, alla fine del nostro lungo esercizio di pazienza; e chiuderemo additandone ancora una volta la importanza per la nostra materia.

16 La IMPORTANZA di tutto quello che siamo venuti ricordando intorno al diritto, si rivela largamente, come abbiamo premesso, anche nella configurazione delle sanzioni e del loro regime di applicazione.

Basterà, per renderlo chiaro al semplice intuito, anticipare la menzione esemplificativa di qualche applicazione. C'è un testo, fondamentale per noi, il quale dispone, che certe sanzioni non si applicano, se non su domanda di certi soggetti. E dice: « Chi vuol far valere un diritto in « giudizio, deve proporne la domanda ecc. » (art. 35 cod. proc. civ.). Come intendere e interpretare il testo, se non si hanno gli elementi per intendere, che cosa può voler dire: diritto da « far valere »? E meno che mai si potrebbe

intendere quella concezione dell'azione come diritto soggettivo, alla quale pur dovremo dedicare varii paragrafi. Un altro testo, che sta per così dire all'estremo opposto, riguarda la attuazione di certe sanzioni in caso di inadempimento di obbligazioni: « I beni del debitore sono la ga- « ranzia comune dei suoi creditori ecc. » (art. 1948 cod. civ.). Come intenderlo ed interpretarlo, se non si comincia col sapere che cosa vuol dire: bene, debito e credito ? Per attuare queste sanzioni, si comincia, come vedremo, col togliere al debitore la disponibilità dei suoi beni o di certi suoi beni e in definitiva lo Stato ne ricava danaro, alienandoli di autorità e servendosi del denaro per pagare i creditori. Come intendere questo fenomeno, se non si ha presente l'idea della facoltà di disporre, degli atti di disposizione, dei trasferimenti ? Nè si può intendere, per esempio, la procedura di fallimento, che attua in sostanza una liquidazione forzosa di tutto un patrimonio, se non si ha presente l'idea di patrimonio. Così non si può intendere, che cosa sia la giustizia amministrativa (cosiddetta di legittimità), senza la distinzione fra diritti soggettivi (tipici o atipici) da un lato e interessi cosiddetti legittimi (o protetti solo occasionalmente o di riflesso) dall'altro lato. Comunque, e senza esemplificare per ora di più, sarà il seguito della trattazione, che ci giustificherà di aver indugiato sulle premesse. E passiamo oltre.

§ 4. *Continuando: richiami e riflessioni in ordine ai sogggetti di diritto, come soggetti della funzione di giustizia.*

17 LE RIFLESSIONI sul diritto, prospettate nel paragrafo precedente, meritano di essere completate, ai nostri fini, con qualche considerazione intorno ai soggetti.

Lo Stato — abbiamo detto — col diritto o attraverso il diritto, comanda; lo Stato impone innanzitutto « ad altri». Qui c'è un contrapposto evidente ed intuitivo fra lo Stato e «gli altri ». Ma in certo certo senso, come ci

è avvenuto di accennare incidentalmente, lo Stato può dare e dà norme anche a se stesso, il che vuol dire, come pure è intuitivo, agli organi suoi proprii.

Appunto per chiarire questi aspetti del fenomeno, giova ora parlare dei soggetti e cominciare anzi dagli «altri» (quelli che si contrappongono allo Stato). Qualche richiamo e qualche riflessione intorno allo Stato stesso, nella sua duplice posizione possibile, di soggetto, che per un lato comanda, costringe e fa giustizia, e per l'altro, talvolta, obbedisce e subisce, sarà oggetto del paragrafo successivo.

18 SOGGETTI DI DIRITTO, e cioè soggetti ai quali il comando giuridico è rivolto (od a favor dei quali talvolta può esser dato), si suol dire che sono le persone fisiche e le persone giuridiche. Nulla da obbiettare, ma purchè ci si intenda, perchè è evidente che la cosa non può avere lo stesso senso, nella realtà empirica, per le une e per le altre.

In realtà il diritto, come comando, non può esser appreso, inteso od osservato (o non osservato), se non dalle persone che hanno un cervello ed un corpo, nel senso fisiologico della parola (persone fisiche). Sono queste, alle quali effettivamente il diritto si rivolge.

Le persone fisiche, d'altra parte, possono essere o divenire tutte quante titolari di diritti soggettivi, di rapporti giuridici, di interessi variamente protetti (salve quelle modificazioni, limitazioni o temperamenti, di cui parleremo, per chi non si ritenga capace di provvedere ai proprii interessi in modo cosciente e sufficientemente avveduto: casi di incapacità).

Tutte le persone fisiche possono avere pertanto, anzi hanno, almeno virtualmente, un patrimonio.

Rispetto a tutte le persone fisiche ed ai loro patrimonii possono esser impiegati, occorrendo, i mezzi di coazione o di coercizione previsti, anche in via di « giustizia », salvo anche qui qualche deviazione e qualche temperamento e salva qualche rara eccezione dovuta a prerogative personali (ad esempio per il Re Imperatore, la cui persona è « sacra ed inviolabile », secondo lo Statuto).

Non si distingue neppure, almeno di solito (e salvo sempre qualche temperamento), fra chi, essendo in grado di conoscerle, conoscesse di fatto le norme giuridiche che era tenuto ad osservare o non le conoscesse, quasichè alla responsabilità per gli eventuali trascorsi, subentri, di regola, la responsabilità di averle ignorate.

Fermati questi punti, bisogna però affrettarsi a ricordare, che il diritto ammette e talvolta dispone, che certe persone possano anche operare (agire) per altri, e «in nome di altri».

PER ALTRI, possono operare, provvedere e disporre coloro
19 che siano investiti di un compito o di una funzione di «rappresentanza» in senso giuridico, sia che questa derivi da mandato o da altri rapporti di ordine negoziale (es. società), sia che sorga in dipendenza delle discipline legali di certe situazioni, come avviene per la rappresentanza degli incapaci.

Fenomeno, questo, che supponiamo ben noto e del quale vedremo importanti applicazioni anche nel nostro campo.

Questo ci apre intanto la via a riprendere il tema delle persone giuridiche, come soggetti (in un certo senso) di diritto.

PIÙ PERSONE (fisiche) o talvolta anche intere collettività
20 di persone fisiche (individualmente non identificate, ma identificabili per certe caratteristiche) possono associarsi od essere considerate legalmente (o per provvedimento d'autorità) come associate o quanto meno collegate e coordinate (corporate o sindacate) fra loro, all'effetto di conseguire la realizzazione di scopi o di finalità di lor comune o generale interesse. E quando, come sempre avviene, per il raggiungimento di questi scopi si richiede l'impiego di mezzi patrimoniali, il diritto prevede, e qualche volta dispone, che vi si possano «destinare» (volontariamente o d'autorità dello Stato) dei beni, anche in senso giuridico, costituendo con questi un patrimonio, per quegli scopi. È altrettanto necessario però, che per la loro attuazione si costituiscano degli

«uffici», cioè si destinino delle persone fisiche, scelte in determinati modi, ad operare in quel senso o a quegli effetti (cioè in funzione di quegli scopi).

Ci sono, a questo proposito, nel nostro diritto delle norme apposite (organizzative), per disciplinare sia i varii modi possibili di formazione o di delimitazione dei gruppi, delle categorie, delle collettività di soggetti associati o coordinati, sia i modi di costituire il patrimonio e di fermarne la destinazione, sia i modi di organizzare gli uffici (pur consentendo talvolta agli stessi interessati una certa libertà di auto-disciplina, onde le figure dei patti sociali, statuti, regolamenti interni ecc., con efficacia normativa derivata e secondaria). Lo Stato interviene poi in concreto, caso per caso, perchè riserva a se stesso sia il potere di dar vita d'autorità a fenomeni di questo genere, sia quello di consentirne (col cosidetto riconoscimento) o di vietarne, caso per caso, la formazione per iniziativa altrui.

Così sorgono quelle società o collettività organizzate, del tipo che tradizionalmente (e in senso più lato di quello specifico odierno) si qualifica: «corporazione»; e di cui vediamo in pratica svariatissimi esemplari, nel campo del diritto pubblico e privato, dai comuni e dalle provincie, ai sindacati e alle federazioni, giù giù fino alle semplici società commerciali.

Ammette inoltre il nostro diritto, che con provvedimenti di autorità di Stato o con atti di volontà di altri soggetti, dei beni possano esser destinati ad uno scopo di carattere duraturo nel tempo, di interesse altrui o a beneficio altrui, e che si organizzino anche qui degli uffici, per attuare o realizzare lo scopo mediante quei beni. Anche qui il diritto e lo Stato si ingeriscono del fenomeno con norme organizzative del tipo più sopra ricordato e col necessario provvedimento di costituzione o di riconoscimento. E così, quando concorrano tutti gli elementi e i requisiti necessarii, sorgono quelle che tradizionalmente si chiamano: «fondazioni». Delle quali pure vediamo in pratica esemplari svariatissimi, a scopo di beneficenza, di culto, di cultura, di credito, e così di seguito.

Nè mancano tipi intermedii o misti, con elementi di corporazione e di fondazione insieme, come sono per esempio molti di quei cosiddetti «enti parastatali», che oggi si moltiplicano a vista d'occhio.

Ma come è, che corporazioni (nel senso tradizionale testè accennato) o fondazioni o figure miste di corporazione o di fondazione, si concepiscono come «persone» (evidentemente per immagine, perchè non mangiano e non bevono e non veston panni) e come si finisce col dire o col pensare che sono «soggetti di diritto»? Anche questo punto interessa la nostra materia, perchè, allo stesso modo e per le stesse ragioni, le vediamo poi concepite o rappresentate come soggetti in giuoco, anche nella amministrazione della giustizia.

21 La personificazione è un metodo o forse una esigenza mentale di rappresentazione, largamente diffusa anche fuori e prima del diritto. Tutte le volte che noi ci troviamo di fronte a delle attività o a delle forze che si spiegano in un certo senso, verso un determinato scopo o con determinate caratteristiche, senza che le si possano attribuire alla volontà di una determinata persona fisica (sia che ci vengano da collettività più o meno indeterminate di persone, sia che rimangano per noi di oscura origine, dentro di noi o fuori di noi), ci viene fatto di personificarne con una immagine il soggetto. Del resto la stessa formazione dei sostantivi astratti deriva, bene spesso da questa tendenza mentale. Non diamo forse immagine di persona nel parlar comune, perfino alle virtù ed ai vizii, alla morale, al costume e perfino allo stesso diritto (quasichè questo non consista di norme, ma le generi o le detti)?

Intellettualmente si capisce quindi, che ci venga fatto di personificare, per immagine, anche il comune e la provincia, la società commerciale, il sindacato, l'istituto di beneficenza, o il monte di pietà, quando siamo in cospetto dei suoi uffici operanti per il loro scopo. Questa stessa attitudine mentale si imprime anche nella concezione o nella formulazione del diritto e delle sue norme.

Resta sempre vero, che tutte le norme giuridiche, in sostanza, devono esser osservate o possono esser invocate, all'atto pratico, soltanto dalle persone fisiche alle quali sono affidati gli uffici. Anche qui però, con evidente analogia a quanto avviene nei casi di rappresentanza delle persone fisiche, le attività di costoro (nei limiti legali dell'ufficio) spiegano i loro effetti sul patrimonio o per il patrimonio destinato allo scopo; e le sanzioni e le garanzie stabilite per la osservanza (o la inosservanza) delle relative norme giuridiche, incidono su quel patrimonio. E' questo, che consente di introdurre, anche nella formulazione delle norme giuridiche, quella personificazione intellettuale o concettuale, di cui parlavamo prima, e per cui la persona immaginaria viene considerata come titolare del patrimonio su cui si spiegano quegli effetti, e le persone fisiche quasi come rappresentanti, che operano per conto di lei.

Bisogna riconoscere, che, in generale, l'impiego in questo senso della immagine concettuale, anche nella formulazione delle discipline giuridiche, non ne turba il senso e ne semplifica la dizione, tanto che forse non se ne saprebbe fare a meno. E d'altra parte presenta una grandissima utilità pratica, perchè nella formulazione di tanti dettati della legge o nella ricostruzione di tante norme giuridiche, ci risparmia di spiegare e ripetere tutte le volte, in qual modo e per quale meccanismo quei dettati o quelle norme possono avere effetto anche rispetto ai patrimonii, destinati al raggiungimento di uno scopo, mediante la costituzione di apposite corporazioni, fondazioni ecc. Immaginando queste corporazioni, fondazioni ecc. come persone, e quelle disposizioni o quelle norme come rivolte anche a loro o date anche per loro, si sa già che dovranno essere osservate od attuate dai relativi uffici o per mezzo dei relativi uffici o in confronto di essi, con effetti per quei patrimoni, secondo un meccanismo già noto e più o meno sempre eguale in tutti i casi.

Così è, che si arriva a dire che le persone giuridiche sono soggetti di diritto (cfr. per esempio, l'art. 2 cod. civ. e 77 u. c. cod. comm.) come le persone fisiche, e così vedremo

il loro fantasma comparire anche in giudizio come fosse una persona vera, rappresentata però (o quasi-rappresentata) da altri in carne ed ossa.

Ma non è ancor tutto.

CON UNA PROGRESSIONE mentale facilmente spiegabile,
22 si è arrivati a concepire come personalizzati anche i singoli uffici, ai quali è demandata la gestione e la realizzazione degli scopi delle «persone giuridiche», quando il loro ordinamento e la determinazione dei rispettivi compiti o «competenze», sia stabilmente determinato con norme organizzative interne. In questo caso, il compito o l'incarico si considera come conferito non già direttamente alle persone fisiche, che ne vengono investite, ma ad un «organo» immaginario, idealmente pensato come se avesse una propria individualità stabile (in funzione dell'organismo-ente a cui appartiene). Del quale organo, le singole persone fisiche non sono allora che gli elementi formativi, variabili, sostituibili ecc., senza che mutino l'individualità e le caratteristiche dell'«organo» stesso. Così si arriva ad immaginare per esempio, l'ente «rappresentato dall'organo», il quale è a sua volta incarnato nelle persone fisiche, che lo compongono. Per fare un esempio, si concepisce come «persona» giuridica il comune, di cui organo (principale) è, per esempio, «il podestà». In ciascun singolo momento ci sarà una persona fisica chiamata a impersonare questo organo. Questa può esser mutata, sostituita ecc., ma l'organo «podestà», idealmente o immaginariamente, rimane sempre lo stesso. «Persona» giuridica può essere una società commerciale, e può essere suo organo, per esempio, il consiglio di ammministrazione, che si immagina come stabile, costante, sempre lo stesso, anche se variino le persone fisiche dei suoi componenti.

Anche questa concezione è penetrata per così dire nella tecnica del diritto e nella formulazione delle sue discipline, non senza qualche conseguenza pratica che vedremo.

ANCHE LO STATO, secondo questa concezione, viene a co-
23 stituire una colossale persona giuridica, se pure con caratteri proprii inconfondibili e con uno sterminato quadro di proprii organi ed uffici (fra i quali sono anche i nostri giudici). E siamo venuti a menzionare da ultimo l'«ente» che sta al sommo di tutti, perchè conveniva ricordare innanzitutto i concetti generali o generalissimi in materia di «persona» e perchè allo Stato dovremo dedicare, secondo il nostro programma, un paragrafo apposito.

INDIRETTAMENTE la concezione della persona giuridica
24 ha avuto infine una sensibile influenza sul regolamento di quei casi, incidentalmente ricordati anche nel corso del paragrafo precedente, nei quali il titolare di un patrimonio sia temporaneamente ignoto od incerto e nei casi in cui un patrimonio venga sottoposto a liquidazione nell'interesse dei creditori. In parecchi di questi casi il diritto prescrive, che si faccia luogo a forme di gestione o liquidazione nell'interesse o per conto «di chi spetta», rendendo applicabili molte delle norme relative alla gestione e rappresentanza delle persone giuridiche, anche sul terreno o nel campo dell'amministrazione della giustizia. E così vedremo comparire, anche in questo campo, come «personalizzate» — fino ad un certo punto — per esempio l'eredità giacente, l'eredità devoluta sotto condizione sospensiva o devoluta a nasciturі, l'eredità accettata con beneficio d'inventario, il fallimento ecc.

NON TUTTI i soggetti di diritto sono sempre ed in ogni
25 caso trattati alla stessa stregua, di fronte al diritto e alla amministrazione della giustizia, siano persone fisiche o persone giuridiche.

La vecchia proclamazione, che vediamo riprodotta anche nelle aule della giustizia: «la legge è eguale per tutti», è espressione di una reazione storica contro differenziazioni di classi o di «stati», ormai superate.

Ma vi sono ancora oggi, su tutt'altre basi e a tutti altri effetti, delle differenze di «stato» delle persone.

Non può certo ritenersi che determinino una differenza di stato, le disposizioni che escludono la punibilità o atte-

nuano le pene per chi abbia commesso un fatto in se stesso punibile, senza avere, per ragioni di età o di condizioni psichiche, il necessario discernimento (es. artt. 85 e segg. cod. pen.). Questo va considerato piuttosto come un accidente di fatto, che non come uno stato giuridico (che implica invece l'idea di una condizione della persona giuridicamente disciplinata con effetti di ordine generale e permanente).

Qualche cosa di questo genere (stato della persona) si verifica, invece, in dipendenza delle disposizioni relative alla cosiddetta « capacità » di disporre di rapporti patrimoniali e anche di qualche altro rapporto non patrimoniale, quando alla sua costituzione o alle sue vicende debba concorrere una cosciente volontà dei soggetti, (matrimonio, assunzione di uffici ecc.). Il diritto si preoccupa della (temuta od effettiva) inettitudine delle persone fisiche a provvedere in modo cosciente e sufficientemente avveduto, ai proprii od agli altrui interessi, nel campo di queste attività di ordine giuridico. E allora non riconosce, oppure ritoglie loro, in questo campo, la facoltà di disporre e di agire (o di assumere funzioni) e, per lo meno agli effetti patrimoniali, correlativamente assegna loro (anche con provvedimenti di autorità, occorrendo), chi li rappresenti ed agisca per loro (rappresentanza necessaria), organizzando anche degli apparati di vigilanza o di controllo dell'operato dei loro rappresentanti. In questo caso ed a questi effetti può parlarsi di uno « stato di incapacità ». Le persone incapaci possono essere, e sono pur sempre, titolari di beni e di diritti e soggetti di obbligazioni, hanno un proprio patrimonio, e fin qui rimangono soggetti di diritto come tutti gli altri, ma non possono disporne (e non perchè si neghi loro come titolari la legittimazione a disporre, ma perchè si nega loro la attitudine personale ad esercitarla). Potranno e dovranno disporre, per loro e nel loro interesse, i legali rappresentanti (esercitando in loro nome e in loro luogo e vece le relative facoltà). Trovano luogo a questo proposito, le disposizioni relative alla minore età e alla interdizione e quelle relative alla patria potestà, alla tutela ecc. (cfr. gli artt. 240 e segg. e 220 e segg. 324 e segg. cod. civ.), nonchè agli stati di capacità imperfetta per effetto di inabilitazione e di emancipazione e alle relative curatele (cfr. gli artt. 339 e segg. e 310 e segg. cod. civ.).

Anche rispetto alle persone giuridiche, ci sono dei fenomeni affini a quelli della imperfetta capacità, in molti casi attenuati però sino alla figura di un semplice controllo (così avviene per i comuni e per le provincie, per gli enti pubblici di beneficenza ecc.). Soltanto, che qui si intrecciano (e qualche volta è difficile distinguere) il controllo o la vigilanza sull'ente, dal controllo e dalla vigilanza sull'operato dei singoli organi, come tali.

In ogni modo queste, alle quali abbiamo accennato, sono tutte disposizioni e provvidenze che toccano la nostra materia, perchè la incapacità e la imperfetta capacità sono prese in considerazione anche in rapporto alla amministrazione della giustizia. Così, vedremo molte volte scendere in giudizio, in luogo dei minori e degli interdetti, i loro legali rappresentanti ed esser richieste anche per loro le opportune autorizzazioni di controllo; vedremo scendere in giudizio i soggetti imperfettamente capaci, fiancheggiati dal loro curatore; vedremo che anche organi rappresentativi di persone giuridiche, hanno bisogno talvolta di particolari autorizzazioni per «stare in giudizio».

Fuori di questi casi, in cui lo stato delle persone influisce soltanto sulla capacità di agire, vi sono poi delle altre figure di « stato delle persone », che hanno o possono avere conseguenze sostanziali, rispetto all'acquisto o alla perdita di diritti, alla determinazione delle norme giuridiche applicabili ecc.

26 È UNO STATO della persona, per es., l'essere cittadino del Regno o cittadino di altro Stato (straniero) o apolide o suddito coloniale. Il nostro diritto è molto largo nella equiparazione degli stranieri ai cittadini in materia di « diritti civili » (art. 3 cod. civ.). Ma ci sono state delle eccezioni. E ben diverse conseguenze si hanno in ogni modo in materia di diritti politici, di assunzione e di esercizio di uffici pubblici o di pubblico interesse, nella determina-

zione delle norme di diritto applicabili (art. 6 e segg. disp. prel. del cod. civ.). Ciò che vale anche per i sudditi coloniali, con la differenza che l'essere suddito coloniale può generare diritti e doveri di carattere pubblico, che non ci sono per gli stranieri. E tutto questo ha conseguenze anche in tema di « giustizia ».

Il concetto di stato si applica anche ad altre situazioni particolari, dalle quali pure possono derivare diritti e doveri non solo pubblici, ma privati, o dalle quali dipende per lo meno il titolo per conseguirli o per esservi soggetti.

Ciò si verifica (a prescindere da casi singolari, come quello del Re Imperatore e di altri membri della Real casa), per esempio in relazione all'ordinamento della famiglia (stato di coniuge, stato di figlio legittimo o di figlio illegittimo ma riconosciuto). Ne derivano diritti e doveri di assistenza, diritti e doveri alla prestazione degli alimenti, diritto (se così si può chiamare) all'uso di un nome, di titoli nobiliari ecc., diritti di successione fuori del testamento o contro il testamento, impedimenti al matrimonio, conseguenze fiscali diverse, e così di seguito.

In un certo senso, è uno stato della persona quello di esser commerciante. Anche qui ne derivano diritti e doveri particolari e diversità di norme applicabili (basterebbe ricordare il fallimento).

Anche per le persone giuridiche v'è luogo a distinguere, come situazioni di stato, fra persone nazionali e straniere (o coloniali), pubbliche e private, commerciali e non commerciali.

Ne avremo, al solito, dei riflessi anche nella nostra materia, perchè la diversità dello stato può determinare condizioni di procedibilità od improcedibilità di certi giudizii, diversità di competenza, diversità di forme e così di seguito. Riflessi se ne possono avere, anche perchè lo stato di una persona può esser materia di giudizii; e ciò dà luogo a particolari discipline e a particolari difficoltà.

Ma non è il caso, o almeno il momento, di approfondire di più. E torniamo piuttosto alla nozione di Stato, con « S » maiuscola.

§ 5. *Continuando: richiami e riflessioni intorno allo Stato, come dispensatore di giustizia e come soggetto della giustizia.*

Dello Stato abbiamo fatto menzione fin dalle prime
27 parole.

La « giustizia », abbiamo detto cominciando, è funzione dello Stato in ordine al diritto, e il diritto è un ordine di norme, di cui lo Stato prescrive la osservanza.

È sotto questi profili, che bisognerà ora richiamare alla memoria anche quello che sappiamo in proposito.

Fiumi di inchiostro si sono versati sul tema. Lasciamoli correre. Noi vorremmo cominciare col ricordare piuttosto una cosa molto più semplice e più intuitiva: lo Stato siamo noi. E vogliamo dire: noi che viviamo stabilmente con la radice delle nostre famiglie dentro i confini territoriali del Regno, sia pure con qualche fratello lontano, che anche fuori dei confini resta con l'animo, uno dei « nostri ». Noi, siamo lo Stato, che in questo lembo di terra riconosciamo la nostra Patria, con la sua lingua, le sue tradizioni millenarie di glorie e di sventure, noi, dal più umile su su fino al Duce ed al Re Imperatore, noi con le nostre passioni, coi nostri affetti, col senso del nostro destino, noi con tutte le nostre istituzioni politiche, giuridiche ed economiche, religiose e di cultura, che ci coordinano e ci collegano, che ci danno nel loro complesso una disciplina unitaria di collettività organizzata, di fronte a tutte le altre, più o men simili alla nostra, che ci sono sulla faccia della terra, fuor dei nostri confini.

E detto questo, ripetiamo pure che lo Stato « è » una persona giuridica. « È » vuol dire, che si pensa o si concepisce come tale, anche dal punto di vista giuridico. Si concepisce come tale, perchè, come risultato della nostra storia, c'è in atto uno sterminato sistema di « uffici », coi quali si provvede ad interessi, ad esigenze, ad aspirazioni generali della massa. Si provvede innanzitutto alla formulazione, quando occorra, di norme di diritto, che ci

disciplinino tutti quanti nelle nostre attività e nelle nostre funzioni; si provvede alla difesa contro lo straniero e ai nostri bisogni di espansione su altre terre di possibile conquista, all'ordine e alla pace interna, all'equilibrio economico di certi scambii che interessano delle vaste categorie della massa, alle necessità di comunicazioni dentro e fuor dei confini, con le nostre navi, con le nostre strade, le ferrovie, le poste, i telegrafi, si provvede all'incremento della produzione e dei traffici, alle necessità generali dell'istruzione e dell'educazione e della cultura, all'esercizio del culto religioso ecc. E si provvede anche a quella amministrazione della giustizia, che qui ci occupa. Occorrono per tutto questo dei mezzi. E provvedono altri uffici a procacciarli e prelevarli sotto forma di prestazioni personali ed economiche da tutti i singoli (contribuenti) e distribuirli dove occorra, erogandoli o convertendoli in beni di pubblico uso o di pubblica utilità.

Naturalmente, tra questi uffici c'è una divisione e distribuzione di compiti e di competenze; ma c'è anche un sistema di collaborazione, per cui tutti concorrono o si integrano a vicenda, in vista dei risultati finali. In fra l'altro provvedono, per esempio, gli uffici legislativi a dar norma a tutti gli altri uffici (e in un certo senso a se stessi) nella distribuzione dei compiti, negli ordinamenti organici od organizzativi, nella scelta delle persone e nelle investiture degli uffici, nel modo di procedere. Provvedono d'altra parte gli uffici finanziarii e di tesoreria a fornire, come si è detto anche per tutti gli altri, i mezzi economici e patrimoniali. Tutta questa coordinata varietà, non riusciamo neppure a concepirla nella nostra mente, se non riducendola idealmente ad una unità del complesso, di cui i singoli uffici sono parti o membrature dipendenti. Ed ecco che allora ci soccorre, a facilitare questa visione unitaria ed a rappresentarla, quella tendenza mentale a « personificare », della quale abbiamo parlato anche nel paragrafo precedente. Così arriviamo a pensare lo Stato-persona, di cui gli uffici sono, in diversi campi e per diversi compiti, gli organi.

Questa stessa concezione è ormai penetrata profondamente anche nella formulazione di tutte le norme giuridiche di organizzazione e in quelle relative ai rapporti fra i singoli « altri » soggetti e lo Stato; ed anche per ciò si può dire che sia diventata ormai una concezione di ordine e di carattere giuridico (e non più soltanto una immaginazione volgare), della quale non possiamo più fare a meno, anche negli studii del diritto, senza smarrirci. Così finiamo col classificare lo Stato fra le persone giuridiche, tanto più che anche qui vi è un patrimonio (alimentato di continuo per le contribuzioni dei singoli), con destinazione ai varii scopi ai quali abbiamo accennato, e che « risponde », come vedremo, per l'operato di tutti gli uffici.

Finisce così coll'esserci fra lo Stato e le altre persone giuridiche minori un parallelismo e degli elementi di similitudine, dei quali è vano negare l'evidenza. Onde, nel seguito del discorso, parleremo anche noi costantemente dello Stato come « persona ».

28 Dei caratteri peculiari devono tuttavia riconoscersi come proprii dello Stato soltanto: uno, che lo distingue da tutti gli altri soggetti, è quello della « sovranità », su tutti e su tutto, dentro una certa sfera. Esso solo infatti (ed è un altro risultato di tutta la nostra storia) oggi può dettare dentro questa sfera norme di diritto (o delegare ad altri enti di dettarne sotto il suo controllo). Esso solo può costringere i singoli alla osservanza dei suoi dettati e delle sue esigenze, piegare o spezzare ogni resistenza, anche con la forza. Esso solo amministra la giustizia, perchè è salutare che la giustizia abbia una sola (e genuina) bilancia, ma anche perchè la giustizia si attua, quando occorre, con la spada. Nè questa spada, che simboleggia per l'appunto la forza, può consentire lo Stato, che altri la usi.

29 La sfera di azione della sovranità quale sia, nel senso sopra accennato, non si può certamente ricordare qui in tutte le sue determinazioni, con poche parole. Ma fondamentalmente essa è data dal territorio coi suoi confini, nel senso, che solo dentro di questi lo Stato può usare, di fronte agli

altri soggetti, della propria «forza» organizzata. Solo dentro di questi, pertanto, può amministrare giustizia con pienezza di effetti. Potrà anche comandare ad altri che ne sia fuori, ma non può praticamente imporre, se quegli non vi rientra.

In qualche caso particolare ed a qualche effetto, questi limiti subiscono tuttavia qualche spostamento nel senso di espansione o di contrazione in superficie (es. navi in mare, occupazione bellica di territorii ecc.). In altri casi vi sono dei fenomeni di attrazione o di esclusione (ad effetti attuali od eventuali) di certi soggetti o di certi beni, per esempio per ragione di cittadinanza, di sudditanza o di dipendenza, in relazione, almeno di solito, a convenzioni od usi internazionali (es. regimi di capitolazione in Stati stranieri; convenzioni di estradizione attiva e passiva; fenomeni cosiddetti di extra-territorialità ecc.).

L'esame di questi casi particolari esorbita però dalla nostra trattazione, perchè traggono le loro origini da fenomeni che forman materia di altri insegnamenti (ed in specie di quello che, malamente, si suol chiamare di diritto internazionale privato).

Ad altri effetti poi, fra i territorii soggetti alla sovranità dello Stato, bisogna distinguere: territorio del Regno, Impero, possedimenti e colonie, perchè gli ordinamenti, anche per quanto concerne l'amministrazione della giustizia, sono diversi. Nella nostra trattazione ci occuperemo soltanto degli ordinamenti vigenti nel territorio del Regno, perchè fuori di qui lo studio di tutto il fenomeno va riservato, per ragioni analoghe a quelle accennate più sopra, ad altri insegnamenti ed in ispecie all'insegnamento del diritto coloniale.

SOLTANTO LO STATO, abbiamo detto, nella sfera della
30 sua sovranità effettiva, può amministrare giustizia. Ed almeno nell'ambito del Regno, la esercita soltanto per mezzo dei proprii «giudici». Nessun altro ente più o meno autarchico, nessuna autorità, anche di altro ordine (per esempio di ordine ecclesiastico), può avere una propria «giustizia», diversa da quella che è amministrata dallo Stato. E non si

riscontrano in questo campo neppure fenomeni di delegazione, di investitura, di rimessione o di concessione ad altri enti, ad altri uffici o ad altri soggetti, come pure si hanno nel campo della amministrazione pubblica (ad altri fini) e perfino nel campo della legislazione.

Non costituisce una vera e propria eccezione, se non in un senso molto indiretto, come vedremo a suo tempo, l'istituto dell'arbitrato.

Un temperamento particolare, che non ferisce formalmente il principio, ma certamente ne inflette il rigore, per particolari esigenze dell'istituto, si ha piuttosto in materia di validità o nullità di matrimonii contratti col rito religioso cattolico, in quanto lo Stato con una formalità meramente estrinseca (registrazione ordinata dalla corte d'appello) accorda efficacia alle decisioni della autorità ecclesiastica.

Ed un altro temperamento, ma circondato di maggiori cautele e limitazioni, si ha in quanto lo Stato stesso accorda efficacia (esecutorietà) nel Regno, a provvedimenti di giudici stranieri, con un controllo che è piuttosto di legittimità e di compatibilità col nostro ordinamento, che non di merito circa il contenuto intrinseco (giudizio di delibazione). Del che, faremo più ampio cenno a suo tempo.

Un ultimo punto ci resta da toccare; e lascieremo anche questo argomento.

GIUSTIZIA NELLA AMMINISTRAZIONE. Abbiamo già ri-
31 cordato, che lo Stato (come legislatore) prescrive od impone delle norme giuridiche anche ai suoi stessi organi, nel suo proprio interesse o nell'interesse generale od anche a favore o nell'interesse di altri soggetti, con cui entri in rapporto.

Questo implica, che quelle norme possano esser trasgredite, perchè gli uffici sono affidati agli uomini e gli uomini, anche nell'esercizio di un ufficio, sono soggetti a sbagliare.

Che cosa succede in questa ipotesi? Qualche volta, se abbiano traditi i doveri dell'ufficio, risponderanno, anche di fronte agli altri soggetti, gli uomini stessi, con la propria

persona o col proprio patrimonio. Ma anche per lo Stato, come per le altre persone giuridiche, vale, sia pure con particolari limitazioni o cautele, la regola, che delle violazioni o trasgressioni commesse dagli organi o dagli uffici, in rappresentanza (o quasi-rappresentanza) della persona giuridica, « risponde » quest'ultima col proprio patrimonio. E vale poi come vedremo — e qui con particolare rigore e particolarissima importanza — anche la regola, che gli atti e provvedimenti illegittimi possono essere annullati, in sede di giustizia.

Ma chi applicherà in questo caso, rispetto allo Stato, le sanzioni e le garanzie previste (fra cui anche l'annullamento degli atti illegittimi)? Possiamo rispondere: salve quelle limitazioni o cautele di cui riparleremo a tempo opportuno, provvedono in proposito i giudici. Saranno i giudici ordinarii o talvolta dei giudici speciali, ma « giudici ».

In questo modo si può verificare il fenomeno, che lo Stato stesso, con un certo ordine di organi è giudice, mentre con altri suoi organi è parte. Assume cioè nello stesso tempo una duplice posizione rispetto alla amministrazione della giustizia; e se la violazione o la trasgressione sia accertata, può subire anche sul proprio patrimonio le conseguenze dei provvedimenti di giustizia dei suoi proprii giudici.

Il fenomeno si spiega con la distinzione degli uffici o degli organi, che consente anche una cosiffatta contrapposizione fra loro; e, affinchè questa in atto non sia illusoria, è assicurata ai giudici, nell'esercizio del loro ufficio, una particolare posizione di indipendenza. Senza dubbio però bisogna arrivare a pensare, che in questa contingenza lo Stato, persona giuridica, in qualche modo si sdoppia, consentendo, anzi prescrivendo, a dei suoi proprii organi (giudici) di funzionare, come se fossero fuori e al di sopra di lui.

Si può dire che questo, in un certo senso, è il sommo del rispetto e delle garanzie di osservanza del diritto. Con che ci fermiamo, per ora, su questo tema.

Ed arriviamo quindi a parlare dell'ultimo dei tre elementi, coi quali abbiamo costruita la nozione di « giustizia », entrando, finalmente in pieno, nel campo specifico della nostra trattazione.

§ 6. *Le sanzioni e la loro applicazione come materia di giustizia.*

PREMETTEREMO, per la completezza del quadro, che le
32 sanzioni non rappresentano il solo mezzo adottato per assicurare la osservanza delle norme giuridiche.

Funzionano a questo scopo, anche degli apparati di coercizione diretta, originaria ed immediata. Ciò si verifica sopratutto rispetto ad organi o uffici dello Stato o di altri enti pubblici, per costringerli ad uniformarsi, fino dall'origine, alle norme medesime. A ciò può servire la disciplina dei doveri di ufficio, la subordinazione gerarchica, possono servire anche apparati di controllo, di vigilanza ecc., ai quali abbiamo già occasionalmente accennato. Ed anche rispetto a tutti gli altri soggetti, che pur godono in massima di una maggiore autonomia, operano — più o meno — degli apparati destinati a prevenire delle possibili violazioni od eliminarle sul nascere (apparati di polizia, in tutte le sue svariatissime forme; interventi sindacali, corporativi ecc.). Tutto questo però, sta fuori e prima del campo proprio della funzione di giustizia, e questi varii apparati formano più utilmente oggetto di altri insegnamenti (di diritto amministrativo, di diritto corporativo ecc.).

La giustizia, secondo la nozione che ne abbiamo data, entra in funzione invece soltanto in quanto, per la inosservanza di prescrizioni date da norme giuridiche, siano comminate delle sanzioni; ed entra in funzione per applicarle.

LE SANZIONI sono prevedute e disciplinate dal diritto.
33 Può essere che per esigenze tecniche di adeguamento o di proporzione, sia lasciato al giudice un certo margine di elasticità (come avviene di solito anche nella comminatoria di sanzioni penali). Ma non vi sono nel nostro ordinamento pene «ad arbitrio di S. E.», come nelle grida di manzoniana memoria.

I giudici, nella loro applicazione, esercitano pertanto una funzione in ordine al diritto (come è di essenza della no-

zione di giustizia), ma che è, essa medesima, attuazione od applicazione di diritto.

Questa può trovar luogo, per la sua natura, soltanto in ordine a determinate contingenze (fattispecie) concrete. Per conseguenza, anche la funzione dei giudici entra in attività effettiva di esercizio solo in presenza di determinati « casi » o fatti della vita pratica, cioè quando il fatto che può dar luogo alla applicazione di determinate sanzioni (violazione, trasgressione, inosservanza, mancata od imperfetta attuazione di prescrizioni giuridiche) si sia verificato — o, quanto meno, quando l'attività stessa sia eccitata nei modi di legge (e vedremo poi quali sono questi modi) per esaminare e decidere: se certi casi della vita diano o non diano luogo a quella applicazione di sanzioni, e farvi luogo, se ne ricorrano gli estremi.

I giudici devono muovere pertanto dalla considerazione del fatto — appurare il fatto — e procedere, rispetto ad esso, ad una ricostruzione interpretativa delle norme giuridiche che lo riguardano. La ricostruzione della norma dovrà avvenire, a questo scopo, caso per caso, sulle linee di un paradigma logico, che, ridotto alla sua più semplice espressione, consta di due proposizioni. Una prima proposizione in tesi, che esprime la prescrizione o il « precetto » programmatico a cui i singoli soggetti erano tenuti ad uniformarsi, in quella determinata contingenza. Una seconda proposizione, in ipotesi, in cui si configura la eventualità che il precetto non sia stato osservato e per questa eventualità si « commina » la sanzione applicabile. Per esempio : un giudice è eccitato ad esaminare un fatto o un caso della vita, che, almeno dal punto di vista empirico, può prospettarsi (o si dice possa prospettarsi) come omicidio (o come furto, come adulterio ecc.), affinchè veda se dà luogo alla applicazione di sanzioni, ed a quali. Bisognerà che il giudice si domandi, se e come il caso è considerato dal diritto. E allora, negli esempii ora accennati, bisognerà che cominci col constatare esservi effettivamente nel diritto una norma, la quale si può ricostruire così : « non « commettere omicidio (furto, adulterio ecc.) — se lo com- « metterai, sarai punito in questo (o in quest'altro) modo ».

Ecco la norma, ricostruita nella duplice membratura : il precetto ai singoli soggetti (prima proposizione — in tesi), la comminatoria della sanzione (applicabile dal giudice) nel caso che il precetto sia trasgredito (seconda proposizione — in ipotesi). Se il giudice, appurato il fatto, concluda che esso presenta i caratteri dell'omicidio (del furto, dell'adulterio ecc.), nel senso preveduto e pensato nella norma, dovrà sillogizzare e concludere : «chi commette omicidio (furto, adulterio ecc.) va punito (secondo la legge) in questo tal modo — ma Tizio ha commesso omicidio (furto, adulterio ecc.) — dunque devo applicare a Tizio la punizione comminata per questa ipotesi — e la applico ». Similmente : è eccitato (il giudice) ad esaminare, per esempio, un fatto od un caso della vita, che può prospettarsi (o si dice possa prospettarsi) come mancato pagamento di un debito. Il giudice constaterà esservi nel nostro diritto una norma la quale può ricostruirsi così : « paga i tuoi debiti (a tempo « e luogo) — se non pagherai (a tempo e luogo), i tuoi « beni saranno espropriati e venduti, su istanza dei credi- « tori, per autorità del giudice, onde soddisfare i creditori « medesimi col loro ricavato ecc. ». Se il giudice, guardando al fatto, ritenga che esso presenta i caratteri del mancato pagamento di un debito, dovrà concludere : « dunque qui si deve far luogo alla espropriazione ecc. ecc. ». E provvederà in conseguenza.

Difficilmente secondo quello che abbiamo detto a suo tempo (§ 3, n. 7) il giudice troverà la norma applicabile, già pronta e completa in tutte le sue membrature, in un articolo o magari in una serie di articoli di legge.

Ma fa parte del suo compito o (sempre col dovuto rispetto) del suo mestiere, ricavarla dai testi o dalle altre fonti, in relazione al caso che gli si presenta, ed a questo fine, per l'appunto, dovrà servirsi mentalmente del paradigma logico or ora accennato, per polarizzare la ricerca.

Si intende che in molti casi la ricostruzione finale agli effetti della applicazione pratica non sarà possibile, se non per il tramite di molti passaggi intermedii e a questo scopo dovrà servirsi — anche il giudice — di quei concetti,

schemi, distinzioni, classificazioni e altri sussidii metodici dei quali ci siamo lungamente intrattenuti in un paragrafo precedente (§ 3, n. 9 e segg.). È facile, per esempio, stabilire che c'è un precetto che prescrive: « paga i tuoi debiti » (art. 1218, 1948 e 1949 cod. civ.). Ma per sapere, di fronte ad un caso concreto, se quel precetto dovesse o non dovesse entrare in applicazione, al fine di derivarne se debba o non debba poi entrare a sua volta in applicazione una sanzione per la sua inosservanza, bisognerà che il giudice sappia (e quindi determini secondo il diritto) che cosa è un debito e come sorge. Un debito può sorgere, per esempio, da contratto. Ma se questo è il caso, bisognerà sapere che cosa è il contratto. Il contratto è l'accordo di due o più volontà. Ma bisogna sapere che cosa significa in questo senso volontà e che cosa è un accordo. E così seguitando. E' intuitivo però, come una serie (o altrettante serie) di determinazioni di questo genere, possano coordinarsi al paradigma logico fondamentale e confluire così nel ragionamento in base al quale il giudice, sillogizzando, concluderà.

Questo può considerarsi pertanto come il modulo tipico di raziocinio del giudice e quasi come l'emblema del mestiere, dal punto di vista logico.

Il RISULTATO di quanto precede deve esser questo: che
34 le sanzioni trovino effettiva applicazione in quanto prevedute (comminate) dal diritto, sol perchè prevedute, così e come prevedute, alle condizioni o nelle condizioni prevedute. E « giusti » dovranno dirsi i provvedimenti del giudice quando — e solo quando — rispondano, in modo puro e perfetto, a questo requisito essenziale.

Nell'esercizio della sua funzione egli, giudice, non può preoccuparsi di altra giustizia che non sia questa (meramente conformista e legalitaria). Chiamato a giudicare secondo il diritto, non può farsi giudice del diritto, neppure sotto specie di adeguarlo a modo suo ad esigenze di ordine pratico od anche d'ordine ideale, secondo il suo sentimento o i suoi convincimenti personali e soggettivi.

Nè con questo si sminuisce il valore della sua mis-

sione, anzi lo si pone e lo si riconosce in tutta la sua pienezza.

Adeguare il diritto a finalità teleologiche, è compito dello Stato nella sua funzione di « legislatore », quando detta e prescrive, formula o costituisce. Ma una volta che il diritto è costituito, il suo carattere di utilità immediata è rappresentato precipuamente dalla certezza, che introduce nelle relazioni sociali, cosicchè ognuno sappia su che cosa può contare o far fidanza. La missione dei giudici è precisamente quella di assicurare in questo senso il suo vigore o il suo impero effettivo. Il giorno che si consentisse ai giudici di decidere secondo criterii variabili e soggettivi, si distruggerebbe questo carattere essenziale del diritto e, ben lungi dal render possibile la sicura evoluzione verso nuove mete, si dissolverebbe la certezza nell'arbitrio e l'ordine nell'anarchia.

Si capisce pertanto come, proprio per assicurare quel risultato di « giustizia » legalitaria (ma in questo senso fedele, inesorabile e misurata), sia stato creato tutto un ordine apposito di organi differenziati e specializzati, con particolari discipline organiche, dirette ad assicurarne oltre alla preparazione tecnica, la serenità morale, la imparzialità, la indipendenza. Dal quale punto di vista possiamo dire, che, se il mestiere del giudice ha un proprio emblema di ordine logico, ha anche una propria insegna morale: la purità di spirito.

Si capisce d'altra parte, come e perchè siano stati prescritti a cotesti organi, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, dei modi e delle forme di procedere, e queste siano state prescritte anche a chi, sempre per l'esercizio di quelle attribuzioni, entri in rapporti con loro. Per la ricerca della verità, come per la attuazione pratica delle sanzioni, occorreva non solo munire quegli organi di opportuni poteri, anche stromentali, ma nello stesso tempo proporzionarne e contenerne l'esercizio. Occorreva determinare come e da che parte potessero attingere elementi e materiali di indagine e di convinzione, determinare come altri potesse eccitare la loro entrata in attività di funzione e stimolarne il corso od

apportare a loro volta dei proprii contributi informativi, illustrativi e così di seguito. Sopratutto occorreva prevenire, in tutto questo, la possibilità di errori e di inquinamenti.

Le discipline organiche, di organizzazione degli uffici, vanno in complesso sotto il nome di: « ordinamento giudiziario ». Non rientra negli scopi pratici della nostra trattazione farne un esame più approfondito e ci limiteremo a farne cenno qua e là, dove occorra.

Le discipline relative all'attività e alle loro forme (« procedure giudiziarie ») costituiscono più propriamente il « diritto processuale » (in contrapposto al « diritto sostanziale »: v. sopra n. 1, n. 6 ecc.) e di queste, più o meno dettagliatamente, dovremo invece occuparci, con particolare riguardo a quelle cosiddette « civili ».

Ma innanzitutto bisognerà che cominciamo col dare una idea generale delle figure, del contenuto e del modo di operare delle sanzioni, senza di che anche gli ordinamenti procedurali o processuali rimarrebbero, almeno in parte, indecifrabili.

§ 7. *Varii tipi di sanzioni: penali e civili, di azione pubblica e privata.*

LE FIGURE delle sanzioni, prevedute e comminate dal
35 diritto offrono a colpo d'occhio lo spettacolo di una infinita varietà. Ed effettivamente non la finiremmo più — e non avrebbe senso pratico — se ci proponessimo di passarle in rivista una per una. D'altra parte uno studio approfondito in questo senso non può farsi utilmente, come diremo (v. più oltre il n. 45), se non a proposito di altri insegnamenti, e quindi in altra sede e con altri metodi.

Per averne qui quell'idea o quella visione generale, di cui abbiamo bisogno per la nostra materia, converrà invece rilevare, che una più attenta considerazione di questa folla variopinta consente alcune distinzioni, in base a certi caratteri, comuni ad interi gruppi, classi o categorie e differenziali, per converso, rispetto ad altre. E son pro-

prio questi caratteri che maggiormente ci interessano, perchè hanno poi il loro riflesso nell'ordinamento dei relativi procedimenti di applicazione. Su di questi ci soffermeremo. E, sempre allo scopo che ci sta tanto a cuore, che le parole più o meno generali abbiano una virtù evocatrice di immagini concrete, sarà nostra cura esemplificare, gruppo per gruppo, quanto più si potrà, copiosamente.

Cominciamo così col riprendere una distinzione, alla quale c'è già accaduto più volte di accennare, fra sanzioni a scopo afflittivo o punitivo da un lato e sanzioni con precipuo scopo restitutivo o reintegrativo dall'altro.

SCOPO AFFLITTIVO hanno le sanzioni, quando tendono
36 essenzialmente ad infliggere un male sensibile (sia nella persona o nei beni: art. 17 cod. pen.) a chi abbia commessi certi atti vietati (o talvolta abbia omessi certi atti doverosi) con l'intento o con la coscienza di produrre certi effetti, oppure a chi abbia semplicemente mancato di usare certe doverose diligenze nel suo modo di comportarsi, causando con ciò danni o pericoli deprecati.

Sotto l'un profilo o sotto l'altro (dolo o colpa), e qualche volta anche senza ben distinguere se piuttosto l'uno che l'altro si verifichi, si ravvisa in questi casi una imputabilità del fatto o degli effetti a carico dell'autore; e a questo titolo il diritto dispone che sia « punito ». La ragione sta in ciò: che già la semplice minaccia o comminatoria di queste sanzioni (e più l'esempio della loro applicazione pratica) può presumibilmente indurre ad astenersi dal commettere (o dall'omettere), introducendo un motivo di inibizione psicologica, di freno o di controspinta alla tentazione, oppure può costituire uno stimolo ad usare le diligenze prescritte. Queste sanzioni assumono, anche nel linguaggio legislativo, il nome tecnico di « pene »; la configurazione delle singole ipotesi di fatto, per le quali è comminata la applicazione di pene, prende il nome di « reato » (delitto, contravvenzione o contravvenzione amministrativa: cfr. art. 1, 17 e segg., 19 e segg. cod. pen. e le « disposizioni penali »

della legge di pubblica sicurezza e di innumerevoli leggi amministrative, di polizia, fiscali ecc.).

Per vederne una serie di esempi tipici, basta metter mano al secondo e al terzo libro del codice penale, oppure al codice penale per l'esercito od a quello militare marittimo. Questi testi organici costituiscono, per la più gran parte, come dei grandi cataloghi ufficiali di possibili « reati », pur senza escludere che altre figure di reato siano prevedute qua e là anche in altre leggi o in altri codici (es.: cod. comm. artt. 246 e segg., ora sostituiti con la legge 4 giugno '31 n. 660, e art. 855 e segg.). Prendiamone qualcuno a caso, per servircene, occorrendo, anche in seguito: « Chiunque cagiona la morte di un uomo » (e qui bisogna intendere: cagiona, sapendo e volendo) « è punito ecc. » (art. 575 cod. pen.). « Chiunque cagiona per colpa la « morte di un uomo è punito ecc. » (art. 589). « Chiunque « detiene armi o munizioni senza averne fatta denuncia, è pu- « nito ecc. » (art. 697, cod. pen.).

La irrogazione della pena non può certo avere la taumaturgica virtù di restituire alla vita l'uomo morto, non rimedia più ai pericoli che potessero derivare (in passato) dal fatto, che qualcuno detenesse armi od esplosivi o circolasse a lumi spenti. Non è questo, a cui pensa e tende la legge, ma a creare un motivo (di più), perchè non si uccida, non si detengano armi ecc.

Anche quando il reato implichi lesione o violazione di interessi individuali protetti (come è il caso dell'omicidio) o anche di diritti soggettivi tipici altrui (come può avvenire, per esempio, nel caso del furto: art. 624 cod. pen.), lo scopo precipuo della punizione non è di dare « soddisfazione » in concreto all'interesse o al diritto individuale della vittima. A ciò serviranno altre misure collaterali ed altre sanzioni. Piuttosto dal punto di vista degli interessi altrui si pensa, che tutti dormiranno più tranquilli, quando si sappia, che omicidi, ladri, truffatori ecc. sono inesorabilmente puniti.

Vedremo fra un momento, che a questa concezione corrisponde anche l'ordinamento dell'azione pubblica e degli uffici

del pubblico ministero, coi suoi apparati ausiliari di polizia giudiziaria ecc.

Scopo RESTITUTIVO o reintegrativo o di riparazione,
37 hanno invece tutte quelle altre sanzioni, con le quali si tende a ristabilire (coattivamente e in via sostitutiva, per autorità del giudice) una situazione di fatto corrispondente a quella che si sarebbe verificata, se i precetti delle norme giuridiche fossero stati osservati fin dall'origine, da chi doveva osservarli, oppure — se questo non sia più possibile « in natura » — si tende a porre riparo o rimedio alle conseguenze della inosservanza, per mezzo di compensi o di equivalenti, che in qualche modo ristabiliscano l'equilibrio di situazioni turbate o pregiudicate dal fatto di una inosservanza altrui. Così tipicamente avverrà, per esempio, quando a seguito del mancato adempimento di obbligazioni altrui di contenuto economico o con riflessi di ordine economico, si faccia pervenire all'interessato un risarcimento in danaro.

Queste sanzioni hanno luogo di regola rispetto a quei casi, in cui le norme giuridiche, ponendo da un lato obblighi o soggezioni, proteggono o tutelano dall'altro un interesse individuale altrui, elevandolo alla figura di interesse (direttamente) protetto o di diritto soggettivo tipico. Eccezionalmente hanno luogo anche in relazione ad interessi protetti solo occasionalmente o per riflesso (sui quali concetti v. il § 3, n. 10 e segg., 14, 15). Comunque, ciò che si prende in considerazione in questi casi, è sempre la constatazione, che il fatto della inosservanza, della trasgressione, della mancata attuazione di certi precetti, produce, in concreto, un pregiudizio ad altri soggetti, ledendo dei loro interessi. Ciò che si vuol conseguire con la sanzione, è di procurare oggettivamente una « soddisfazione », sia pure indiretta o per equivalente, a questi interessi concreti, individuali, di determinati soggetti od assicurarne, sia pure imperfettamente, sia pure tardivamente, e, come dicevamo, in via sostitutiva, e magari per equivalente, una realizzazione od attuazione pratica.

Qui si potrebbe dire, in altri termini, che la sanzione opera come una garanzia specifica di attuazione o di soddisfazione di questi interessi concreti. Ed allora è chiara la differenza essenziale di caratteri e di finalità di queste sanzioni, rispetto a quelle altre di cui abbiamo parlato prima, e che hanno invece scopo e carattere essenzialmente o precipuamente afflittivo e punitivo.

Esempii ? Qui non abbiamo dei cataloghi ufficiali a cui rinviare, come per i reati e per le sanzioni penali, e diremo fra un momento il perchè (v. il n. 45). D'altra parte, di queste sanzioni riparative o restitutive dovremo occuparci in tutto il seguito della trattazione, perchè son queste per l'appunto che si applicano di solito nelle forme delle procedure « civili ». Esemplificare largamente in questo momento, ci porterebbe poi a delle ripetizioni tediose. Ci limiteremo a richiamare lo stesso esempio accennato altre volte.

Facciamoci l'ipotesi di un debitore il quale, in ispregio alla norma fondamentale che impone il pagamento dei proprii debiti (art. 1218 e segg. cod. civ.), non soddisfi agli impegni contratti. Il suo creditore ne risente evidentemente pregiudizio e danno nel proprio patrimonio (non consegue quello che doveva conseguire), ma non può dirsi, che questo pregiudizio sia necessariamente irrimediabile. Ed infatti, da una serie di disposizioni di legge possiamo ricavare, che egli può ancora rivolgersi ai giudici, come organi dello Stato, chiedendo che intervengano per operare coattivamente, con l'impiego della loro autorità sovrana e dei poteri relativi, il trasferimento nel suo patrimonio di attività ricavate o distratte dal patrimonio del debitore, e che possano rappresentare, più o meno esattamente, la prestazione che avrebbe avuto diritto di conseguire o il suo equivalente in danaro. In tal modo egli (creditore) finisce per ottenere, per autorità del giudice, quella stessa prestazione che gli spettava in base al suo originario diritto di credito o qualche cosa di patrimonialmente equivalente od equipollente (e qui la equipollenza dell'eventuale risarcimento in danaro, è stabilita dallo stesso art. 1218).

La attività del giudice che porta a questo risultato, potrà anche affliggere il debitore, perchè non è cosa allegra esser spropriato dei proprii beni. Ma lo scopo principale evidentemente non è questo, bensì è quello di riparare al pregiudizio del creditore.

Tutte le sanzioni aventi in questo senso scopo (eminentemente, se pure non esclusivamente) restitutivo o di riparazione (con efficacia di garanzia per l'interessato), possiamo chiamarle sanzioni « civili », in contrapposto alle sanzioni « penali », avendo riguardo anche al fatto che la legge stessa qualifica, come ricordavamo testè, « civili » le relative procedure di applicazione.

38 DALLA DIFFERENZA essenziale di caratteri e di finalità or rilevata, tra sanzioni penali e sanzioni civili, derivano altri corollarii, altre conseguenze, che ne approfondiscono il distacco.

Una di queste, praticamente preminente, riguarda le condizioni della loro applicazione. Le sanzioni penali si applicano, come abbiamo già accennato (e salvo qualche temperamento), su azione pubblica, esercitata dal pubblico ministero. Le altre (civili, in senso lato) si applicano invece, di solito (e salvo anche qui qualche temperamento e qualche eccezione), soltanto dietro domanda della parte interessata, cioè della parte pregiudicata dalle inosservanze altrui, ed alla quale profitta in via di reintegrazione, di restituzione o di riparazione sostitutiva, la applicazione della sanzione. Ma di questo profilo, bisogna che ci riserviamo di riparlare fra un momento (nn. 40 e segg.).

Proseguendo, possiamo avvertire piuttosto fin da ora, che le sanzioni penali, in quanto tendono ad affliggere l'individuo responsabile della trasgressione (per dolo, per colpa o anche per la semplice volontarietà del fatto), hanno per così dire un indirizzo o una direzione personalissima, contro di lui. Infatti quando punirlo personalmente non sia più possibile, la sanzione cessa di esser attuabile. Così, per esempio, non si può punire un morto; e il nostro ordinamento ignora la persecuzione penale delle generazioni successive,

per il fatto di un genitore o progenitore. Nè si punisce, per esempio, il pazzo, perchè la infermità mentale esclude la imputabilità.

Da questo stesso carattere deriva, che normalmente non sono concepibili sanzioni penali contro le persone giuridiche, perchè mancano della sensibilità naturale (fisica o psicologica), che è il presupposto della « afflizione », e cioè della essenza della pena. Vi è qualche deviazione: qualche caso di penalità pecuniaria a carico di persone giuridiche, soprattutto perchè ciò serva di monito alle persone fisiche, che ne costituiscono gli organi o le cellule. Vi è anche qualche caso di sanzioni penali applicabili ad altri, che non il soggetto imputabile: per esempio sanzioni penali irrogate nei confronti di direttori responsabili di riviste e giornali, esposti a rispondere penalmente del fatto altrui (cfr. articoli 42 secondo capv. e 57 n. 1 cod. pen.). Ma sono anomalie del tutto eccezionali.

Lo scopo di reintegrazione o di riparazione che contraddistingue le sanzioni civili, può giustificarne invece l'applicazione anche in linea puramente oggettiva, non ostante che talvolta non si possa ravvisare una vera e propria responsabilità personale per dolo o per colpa. Il centro di gravità si sposta. Non sta più nella « imputabilità a carico », ma, all'opposto, nella « garanzia a favore »; e neanche sempre a favore di una persona (come tale), ma di una cosa (bene o diritto) in quanto « appartenga » a qualcuno (§ 3, n. 10, in fine). Onde avviene, per esempio, che queste sanzioni sono applicabili anche nei riguardi delle persone giuridiche, nel senso che abbiamo veduto parlando dei soggetti in generale (§ 4, n. 21). Qualche volta possono colpire non soltanto il responsabile, ma anche altri soggetti, esposti a garantire coi proprii beni la osservanza del precetto o il risultato della osservanza del precetto, da parte di chi vi era personalmente tenuto (es. art. 1153 cod. civ.; art. 76 n. 1 cod. comm.; art. 1964 u. c. e artt. 2013 e segg. cod. civ.; cfr. più oltre § 9, n. 58).

A QUESTO CARATTERE differenziale, se ne riannoda, più o
39 meno, un altro, pur esso di fondamentale importanza per noi.

Le sanzioni penali molte volte tendono ad affliggere la persona, colpendola nella sua integrità o nella sua libertà fisica materiale (morte, pene restrittive della libertà personale: art. 17 e 18 cod. pen.). In questi casi è chiaro, che la sanzione può essere attuata indipendentemente dalla situazione patrimoniale della persona penalmente responsabile. Altre volte tendono ad affliggerla colpendola nei beni, (chè anche questo può essere... un dispiacere sensibile: multa, ammenda, artt. citt. del cod. pen.). Però, di regola, neanche in questi casi la situazione patrimoniale costituisce una condizione per la attuazione delle sanzioni, perchè la pena pecuniaria è convertibile in pena restrittiva della libertà, se il colpevole non provveda al pagamento (art. 136 cod. pen.). Solo nei casi per così dire minori, di contravvenzioni amministrative, la insolvibilità impedisce di fatto la applicazione della pena.

Le sanzioni civili invece si attuano normalmente operando sul patrimonio. Le restituzioni, le reintegrazioni o riparazioni in cui si sostanziano, non avvengono, cioè, con mezzi o con beni dello Stato (staremmo freschi!). I mezzi occorrenti, bisogna attingerli dai beni di chi sia (civilmente) responsabile, in questo senso ed a questo effetto, della inosservanza verificatasi, oppure operando sopra rapporti o situazioni giuridiche attinenti al suo patrimonio (in senso lato). Nell'esempio dato più sopra, il creditore insoddisfatto può conseguire la prestazione od un equivalente in danaro per autorità del giudice, ma solo prelevando e liquidando a questo scopo beni del debitore. Ciò che lo Stato offre ed impiega a questo effetto è il braccio armato della sua giustizia, non la materia sulla quale operare. In questo senso, per l'appunto, la disposizione fondamentale in materia, che abbiamo già menzionata e sulla quale torneremo tante volte, suona così: « I beni del debitore sono « la garanzia comune dei suoi creditori ecc. ». (art. 1949 cod. civ.). D'altro lato, ciò che le sanzioni civili tendono a far riconseguire (reintegrazione, riparazione) va a ricongiungersi, come è naturale, ai beni, ai diritti, agli interessi protetti, di cui tendono a sanare le ferite. Ed anche prima che sia-

no attuate, si può dire che la possibilità (garantita) di conseguire un risultato in via di sanzione s'innesta sullo strappo prodotto dalla inosservanza di precetti giuridici, la aspettativa della sanzione prende il posto della (fallita) aspettativa della spontanea osservanza (su di che si abbiano sempre presenti i concetti di cui al § 3, n. 9 e segg. e al § 6).

Conseguenze: nè la morte dell'interessato, nè quella del responsabile (civile), di regola, estinguono la possibilità di applicare le sanzioni civili. Siccome per causa di morte trapassano di solito ad altri gli interessi e i diritti garantiti, nonchè i beni e i diritti su cui deve attuarsi la garanzia (sanzione), si perpetua, mutando di soggetti, anche la possibilità di attuarla. E mutamento di soggetti attivi e passivi si può avere, anche quando ed in quanto diritti, interessi, beni ecc. vengano trasferiti tra vivi (v. più oltre n. 73).

Dalle stesse premesse deriva, che in ciascun momento il limite pratico della possibilità di applicazione delle sanzioni civili, è rappresentato dal patrimonio, sul quale dovrebbero attuarsi. Dove non c'è niente, si diceva una volta, anche il re perde i suoi diritti. Ciascuno di noi può fidare quindi sulle sanzioni civili, che garantiscono i suoi diritti e i suoi interessi, nel senso che può esser certo di ottenere che lo Stato in persona dei suoi giudici, ricorrendone gli estremi, le applicherà. Ma può fidarvi, in quanto ci sia nel patrimonio altrui la materia prima per applicarle. E così si può dire, che nei rapporti di affari noi facciamo credito « ai nostri debitori »; e in tanto praticamente i nostri crediti hanno un valore, in quanto i debitori abbiano (patrimonialmente) « di che rispondere ».

Altre conseguenze potremmo additare. Per esempio questa: che l'amnistia, l'indulto o la grazia (art. 151 e 174 cod. pen.) possono estinguere il reato o condonare la pena, perchè lo Stato (in persona del Re) può disporre, per così dire, della punibilità che è di interesse generale, ma non vi sono fenomeni analoghi nel campo delle sanzioni civili, che sono garanzie individuali e concrete, e non possono esser sottratte all'interessato senza il suo consenso.

Ma ci sembra ormai di avere messo sufficientemente

in luce le differenze sostanziali tra i due ordini di sanzioni e ci preme ormai di tornare al tema dell'azione o delle azioni per la loro applicazione.

L'INIZIATIVA per la applicazione delle sanzioni, di solito
40 non è riservata, anzi non è neppure consentita, direttamente ai giudici.

Ci sono delle eccezioni, ma di carattere singolare. Vedremo a suo tempo, fra queste, la dichiarazione di fallimento (art. 684 cod. comm.). Nel campo penale c'è il caso del decreto penale (art. 506 e segg. cod. proc. pen.). Qualche altro esempio, più o meno discutibile, c'è in materia amministrativa.

Di regola però i giudici, come abbiamo già da gran tempo avvertito, non entrano in attività di funzioni, se non siano a ciò richiesti o provocati nei modi di legge. Il loro compito, come pure sappiamo, si esercita d'altra parte rispetto a casi concreti della vita (sopra: § 6 n. 33). Bisogna dunque, in altri termini, che vi sia « qualcuno » che additando loro certi casi o certi fatti, come casi o fatti che possono dar luogo alla applicazione di sanzioni, solleciti o richieda su di essi il loro esame o il loro intervento, perchè vedano e, se del caso, provvedano.

In un senso generalissimo potremmo derivarne fin d'ora, che la applicazione effettiva delle sanzioni è condizionata, all'atto pratico, al verificarsi di questo presupposto: che ci sia stato « qualcuno » che abbia presa legittimamente (ed in modo idoneo ed efficace) la iniziativa presso il giudice.

È intuitivo però, che al momento in cui i giudici, debitamente sollecitati o richiesti, entrano in attività, non è ancor dato di sapere, se in definitiva arriveranno o non arriveranno, rispetto al caso concreto, alla applicazione di una sanzione o se vi arriveranno fino in fondo. Questo sarà, se mai, il risultato ultimo delle loro indagini e delle loro determinazioni. Ma può anche essere che, strada facendo, si convincano non essere luogo a tale applicazione e allora dovranno limitarsi a questa proclamazione negativa, rispetto al caso considerato.

Resta a vedere « chi » possa prendere legittimamente la iniziativa, affichè i giudici entrino, caso per caso, in attività di funzioni.

E qui dobbiamo nuovamente distinguere fra sanzioni e sanzioni: sanzioni di azione pubblica e sanzioni applicabili su istanza di parte (di azione privata).

DI AZIONE PUBBLICA diremo quelle sanzioni rispetto
41 alle quali la iniziativa può o deve esser presa, come abbiamo accennato (v. sopra n. 38), dagli uffici del pubblico ministero. Il nome deriva precisamente da ciò: che, per esercitare quella iniziativa, gli uffici stessi devono esercitare una attività presso il giudice (« azione »); « pubblica», perchè devono spiegarla per dovere istituzionale del loro ufficio, tutte le volte che, con i mezzi di informazione di cui dispongono, abbiano notizia di fatti che, a loro avviso, possano dar luogo alla applicazione di quelle sanzioni (cfr. l'art. 1 cod. proc. pen., in relazione agli artt. 2 e segg. e 7 e segg.).

È intuitivo, che, quando la legge demanda al pubblico ministero di agire, ciò significa che alla applicazione della sanzione annette un interesse di ordine generale dello Stato o di tutti i soggetti. In fondo, qui è lo Stato stesso, che si preoccupa, che la sanzione venga effettivamente applicata. Ed è soprattutto per ragioni tecniche (non senza qualche elemento anche di ragione politica) che, invece di prescrivere direttamente al giudice di entrare in funzione di propria iniziativa, assegna ad altri uffici, che son pur sempre uffici od organi suoi, questo compito. Una delle principali ragioni tecniche può vedersi in ciò: che in questo modo — e per la struttura dialettica del procedimento che ne deriva, costruito sul contrasto tra pubblico ministero che procede ed accusa, ed imputato che si difende — il giudice può serbare una più serena imparzialità ed oggettività di giudizio, mentre, da un lato e dall'altro, può raccogliere più copiosi elementi di giudizio e di critica dei dati.

SU ISTANZA DI PARTE, cioè di soggetti interessati, si
42 applicano invece quelle altre sanzioni, che, come abbiamo

detto più sopra, servono essenzialmente come garanzia di attuazione di diritti soggettivi o di interessi protetti, di singoli soggetti, di fronte ad altri, per ovviare al pregiudizio che può derivare da inosservanze, da trasgressioni o da mancata attuazione (originaria) dei relativi precetti giuridici. Talvolta troviamo applicabili su istanza di parte anche le sanzioni contro inosservanze o trasgressioni di norme generali di condotta, introdotte nell'interesse della collettività, quando diano luogo ad interessi riflessi protetti solo occasionalmente o protetti per riflesso, semprechè però la legge accordi (con disposizioni apposite ed espresse) ai singoli titolari di questi interessi la iniziativa di reagire contro quelle inosservanze (sopra § 3, n. 15 e n. 37).

In tutti questi casi evidentemente si ritiene, che non vi sia ragione di far intervenire il giudice, se non in quanto lo stesso soggetto o gli stessi soggetti, a cui favore doveva funzionare (direttamente o per riflesso) la norma (ed ai quali profitta poi la relativa sanzione), non insorgano e non invochino per sè questo intervento. Sarebbe strano ed incongruo, per esempio, in linea di massima, che lo Stato si preoccupasse di procurare al creditore il soddisfacimento del suo credito, ad opera del giudice, sul patrimonio del debitore, quando il creditore stesso non si sia preoccupato di chiederlo o di invocarlo.

S'intende che, quando le sanzioni sono applicabili ad istanza di parte, bisogna che il diritto determini quali soggetti possono chiedere tale applicazione, cioè « agire » o spiegare una « azione » (attività) in questo senso. I soggetti così designati, si possono qualificare, con una espressione tradizionale, come « legittimati ad agire » (aventi « veste o qualità » per agire) ed è a costoro appunto, che alludiamo col termine, pur esso tradizionale, di « parte ». Anche qui il processo, che sorge per effetto della loro iniziativa presso il giudice, ha normalmente struttura dialettica e si svolge, come vedremo, in confronto (attuale o virtuale) di coloro a carico dei quali sia per ricadere la sanzione chiesta, se venga poi applicata, incidendo sul loro patrimonio, sui loro rapporti o sulla loro situazione

giuridica, Anche a questi soggetti si applica la denominazione di « parti » ; soltanto che, invece di essere parti attive (istanti), dovremo dire che sono parti in senso passivo, rispetto alla istanza altrui.

In un certo senso, rispetto a tutti questi casi, avremmo anche potuto parlare di sanzioni di azione « privata », in quanto questa qualifica si suol contrapporre a quell'altra di « pubblica », attribuita all'azione del pubblico ministero; e la distinzione, dal punto di vista terminologico, riuscirebbe identificata così in modo più evidente. Abbiamo esitato a seguire fin da principio questa terminologia, unicamente per la ragione, che le sanzioni di cui ci stiamo occupando, possono trovare talvolta applicazione anche ad istanza di amministrazioni (organi) dello Stato o di enti pubblici, quando agiscano a tutela di un proprio interesse, negli stessi modi in cui agirebbe un soggetto privato (v. più oltre il § 16). Abbiamo temuto, che parlare senz'altro di «azione privata» ingenerasse dubbii o confusioni rispetto a questi casi. Ma fatta questa avvertenza, anche questa terminologia più semplice e più evidente, può esser adottata d'ora innanzi senza inconvenienti.

Converrà ricordare infine (come abbiam detto più sopra: n. 40), che le sanzioni di regola possono ritenersi «condizionate», nella loro applicazione, al previo esercizio di un'« azione » presso il giudice. Fatta la distinzione tra azione pubblica e privata (nel senso or veduto), possiamo aggiungere che quando l'azione è pubblica, quella condizionalità è in un certo senso impropria, perchè, dovendo il pubblico ministero agire per dovere di ufficio, la condizione dovrebbe verificarsi sempre, rispetto a tutti i fatti per i quali azione e sanzione possano trovar luogo. Quando la azione invece è privata, si tratta allora di una condizionalità in senso proprio, perchè dipende dalla « parte » interessata (legittimata ad agire) proporre o non proporre la istanza, secondo valutazioni soggettive del proprio interesse, che dipendono esclusivamente da lei e sono in suo arbitrio. Cosicchè, in definitiva, dipende almeno per un lato da lei (dal suo arbitrio), che la sanzione si applichi o meno.

Questo ci condurrà più tardi a configurare l'azione privata, rispetto alle singole sanzioni civili, come una specie di diritto soggettivo della parte a cui spetta di agire, contro o nei confronti dell'altra parte o delle altre parti (diritto di provocare l'applicazione della sanzione a carico suo o a carico loro). Ma innanzitutto bisogna, che completiamo la nostra rivista delle sanzioni e poi vi dedicheremo un paragrafo apposito (§ 10).

COORDINANDO intanto l'un con l'altro i varii punti toc-
43 cati in questo paragrafo (ed anche con quello che abbiamo ricordato a proposito del diritto in generale: § 4), dovrebbe apparire ormai intuitivo, come debba esservi, per natura di cose, una correlazione tra la distinzione delle sanzioni in penali e civili — di azione pubblica e di azione privata. Infatti (c'è ancora bisogno di dirlo?) le sanzioni penali si applicano sempre su esercizio di azione pubblica; le sanzioni civili (almeno normalmente) su esercizio dell'azione privata (ad istanza di parte).

La espressione tipica di questo coordinamento emerge dal confronto tra l'art. 1 del cod. proc. pen. (« L'azione penale è pubblica ecc.») e l'art. 35 cod. proc. civ. (« Chi vuol far valere un diritto deve proporne la domanda ecc.»).

Non c'è tuttavia una coincidenza assoluta nelle linee di confine delle due distinzioni. C'è qualche temperamento o qualche infiltrazione di diverse regole, nei varii campi.

Ci sono (rarissime) delle sanzioni civili, che possono applicarsi anche su richiesta del pubblico ministero. Esempii ve ne sono in materia di annullamento di matrimonio e di questioni di stato delle persone, in certe contingenze (v. per es. artt. 104 e 112 cod. civ.; 19 u. c. cod. proc. pen.), in materia di nullità di privative industriali o di marchii (es. art. 111 R. D. 13 sett. '34 n. 1602) e in pochi altri casi. Si tratta sempre di intervenire con provvedimenti giudiziarii in rapporti, che interessano direttamente o indirettamente anche la generalità, e che presentano caratteri di pubblico interesse.

Nel campo delle sanzioni penali ci sono, viceversa, dei reati rispetto ai quali, pur essendo sempre pubblica l'azio-

ne, il sistema è temperato, perchè questa a sua volta non può essere esercitata, se non a « querela » o su « querela » di parte. Taluni sono reati cosiddetti minori, in cui l'interesse pubblico a punire appare trascurabile, se le stesse persone più direttamente offese non si dolgano del fatto (es. lesioni da cui derivi una malattia guaribile entro i dieci giorni: art. 582 capv. cod. pen.; offese all'onore o al decoro e alla reputazione di una persona: art. 597 al., in rel. agli artt. 594 e 595 stesso cod.). La querela è richiesta poi anche per certi reati contro il buon costume o contro l'ordine familiare, in cui l'irrogazione della pena richiede da parte del giudice, indagini di carattere particolarmente delicato, tali da mettere in luce circostanze o situazioni equivoche od immorali, con pubblico scandalo o mal esempio e con danno privato, così da superare l'interesse pubblico alla punizione dei colpevoli (v. ad es. art. 560 ult. capv. c. pen.).

Altri temperamenti si hanno in materia di contravvenzioni amministrative, fiscali ecc.

Un ibrido, che a noi, ed a molti, è rimasto poco spiegabile (e, come molti ibridi, è rimasto per fortuna quasi sterile) è infine il risarcimento del danno « non patrimoniale » (o morale), apparso in forma generale nell'art. 185 codice penale, e che sembra piuttosto una reviviscenza di antiche figure di pena privata.

UNO STESSO FATTO può dar luogo a sanzioni penali ed
44 a sanzioni civili, come si deriva dalla osservazione già fatta precedentemente, che vi sono dei reati i quali implicano nello stesso tempo anche violazioni o trasgressioni di diritti soggettivi o di interessi protetti (tale è, per esempio, il caso dell'omicidio, delle lesioni personali dolose o colpose, del furto, della truffa ecc. ecc.). Questo importa, che lo stesso fatto può dar luogo all'esercizio dell'azione pubblica per la applicazione della pena e dell'azione privata per le restituzioni, i risarcimenti ecc.. Non si confondono, in questi casi, nè le sanzioni, nè le azioni. Sostanzialmente anzi ognuna conserva il proprio regime.

Proceduralmente però, vedremo che vi è un sistema di coordinamento nel loro esercizio. Indipendentemente da questo, il pubblico ministero, in sede di esercizio dell'azione penale, può provvedere a che siano prese cautele anche per il risarcimento dei danni civili, e ciò nell'interesse di chi possa chiedere in via d'azione civile il risarcimento medesimo (cfr. art. 189 cod. proc. pen.).

NELLE FONTI troviamo naturalmente rispecchiate que-
45 ste varie distinzioni fra le sanzioni, che abbiamo fin qui prospettate; ma i loro diversi caratteri e la diversa origine hanno avuto una influenza generale e profonda anche su tutta quanta la formulazione e la tecnica (concezione ed espressione) dei relativi dettati.

Le ipotesi di applicazione di sanzioni penali (reati) sono state accuratamente specificate e definite dalla legge, con la comminatoria delle pene applicabili per ciascuna di esse. Dal che, quei grandi cataloghi di reati, ai quali abbiamo accennato (al n. 36). E così l'art. 1 cod. pen. può cominciare col prescrivere: « Nessuno può esser punito per un fatto che « non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, « nè con pene che non siano da essa stabilite » (e l'art. 4 disp. prel. vieta in questo campo anche l'impiego della analogia). Le relative disposizioni sono concepite unicamente sotto specie di comminatorie di sanzioni per i fatti espressamente previsti (reati); e da esse non si può ricavare un precetto se non per illazione, come divieto di commettere il fatto punibile (o di omettere quegli atti o quei fatti la cui omissione è punita). Così quando la legge dispone: « chi cagiona la morte di un uomo, è punito. . . », non possiamo correttamente ricavarne se non questo precetto: « È vietato cagionare la morte di un uomo ». Le figure dei diritti soggettivi o degli interessi protetti, che campeggiano in tutto il campo « civile » (v. il n. 9), o non hanno importanza per la interpretazione delle disposizioni penali o la hanno solo occasionalmente e in modo indiretto (in quanto siano richiamate in qualche definizione di reato); e, inversamente, le disposizioni medesime non hanno, od hanno

solo scarsamente, importanza per la ricostruzione delle figure dei diritti soggettivi. Il compito della interpretazione nell'applicazione delle sanzioni penali, è ridotto d'altra parte, con questo sistema, ai suoi minimi termini.

Anche per quanto riguarda i soggetti dell'azione, le cose sono estremamente semplificate dal fatto, che l'azione è esercitata sempre ed egualmente dal pubblico ministero; e con questo è detto tutto (salva qualche disposizione particolare sulla legittimazione a proporre querela, quando occorre). Quanto al soggetto od ai soggetti contro i quali deve esser diretta l'azione, non possono essere se non colui o coloro che si ritengono « autori » del fatto punibile e quindi personalmente soggetti alla sanzione punitiva (v. sopra il n. 38). Il che rende molto semplice anche la loro identificazione.

Ben diverso invece è l'aspetto, che ci offrono le fonti legislative nel campo di applicazione delle sanzioni civili. Qui non abbiamo cataloghi ufficiali. Qua e là troviamo bensì più o meno specificata qualche sanzione, con la indicazione dei soggetti che possono chiederne l'applicazione o contro i quali deve essere chiesta (es. artt. 439, 695, 1300 e segg. ecc. cod. civ.). Ma nel loro complesso le fonti legislative sembrano preoccupate soprattutto di dettare precetti di condotta o direttamente oppure (ed anzi più spesso) indirettamente, attraverso le discipline relative alle figure dei diritti soggettivi e del loro modo di costituzione, modificazione, trasferimento od estinzione o attraverso le discipline di obbligazioni (o di stati di soggezione), corrispondenti a diritti soggettivi altrui (nn. 9 e segg.). Le sanzioni applicabili e le relative ipotesi di applicazione, dobbiamo ricavarle da un paziente lavorio di interpretazione, coordinando con quelle varie disposizioni precettive alcune indicazioni o regole generali della legge, di carattere sanzionatorio (esempio tipico gli artt. 1948, 1949 cod. civ. già citati e tutte le disposizioni complementari del cod. civ. e del cod. proc. civ.) o procedendo per analogia ai casi espressamente preveduti, in quanto l'analogia, esclusa in tema di sanzioni penali, deve ritenersi qui ampiamente consentita (art. 3 disp. prel. in contrapposto all'art. 4 già citato). Più di tutto e sopra tutto potrà dar lume all'opera, la direttiva di ordine generale, risultante dal carattere reintegrativo, restitutivo o di riparazione, proprio delle sanzioni civili, in relazione ai poteri che risultano conferiti per questo scopo ai giudici (attraverso il cod. proc. civ. o altre leggi) e al criterio che con questi poteri si deve realizzare una garanzia di attuazione, specifica (« in natura ») fin che si può, e altrimenti per equivalente (considerando come equivalente generalissimo ed universalizzato, il risarcimento in danaro; arg. dagli artt. 1151, 1165 capov., 1218, 1225 e segg. ecc. ecc.).

Qualche cosa di analogo bisogna dire sullo stato delle fonti, quanto all'azione privata e al suo esercizio, onde determinare chi possa esercitare l'azione e contro chi. In massima soccorrono, sotto altro aspetto, gli stessi criterii già accennati, e soprattutto quello generalissimo, che qui le sanzioni servono per loro natura alla garanzia « di qualcuno », operando (v. sopra n. 39) sui beni, sul patrimonio (in senso lato) o sulle situazioni giuridiche « di qualcun altro ». Ma anche qui è pur sempre necessaria un'opera paziente di ricostruzione interpretativa.

Questo stato della legislazione si spiega per ragioni storiche, oltrechè tecniche (dovute anche a quella complessità della materia già accennata ai n. 7 e 33). Non si può dire, che sia uno stato particolarmente felice. Però non deve neppure eccessivamente stupire o preoccupare, perchè la interpretazione delle disposizioni legislative ha dietro di sè una elaborazione ormai secolare e c'è ormai una tale rispondenza ad idee già universalmente ricevute (anche fuori e prima del diritto), che i casi veramente dubbii o controversi all'atto pratico finiscono con l'essere estremamente scarsi.

Da queste avvertenze si ricava comunque, in quali insegnamenti verranno prese in esame di proposito ed in modo specifico, le singole sanzioni. Le sanzioni penali si studieranno nell'insegnamento del diritto penale (insegnamento *ad hoc*, perchè ci sono dei codici e delle leggi *ad hoc*). Le singole sanzioni civili si studieranno, invece, nei varii insegnamenti di diritto sostanziale, là dove si studiano le

disposizioni precettive delle relative norme giuridiche e quelle figure di diritti soggettivi, obbligazioni, rapporti giuridici ecc. ecc., che servono a determinarne il contenuto ed il meccanismo. Il che vuol dire, che si studieranno nell'insegnamento del diritto civile, del diritto commerciale, amministrativo, fiscale ecc.

Esemplificazioni copiose ne daremo, del resto, nei due paragrafi che seguono, riservandoci, come s'è detto, di tornare poi in altri paragrafi appositi (§ 10 e segg.) sul tema dell'azione civile e dei suoi soggetti, della sua struttura e del suo regime.

§ 8. *Varii tipi di sanzioni, secondo il loro contenuto specifico e il loro modo di attuazione: le pronuncie del giudice e la loro efficacia; declaratorie, provvedimenti costitutivi, condanne.*

La varietà delle possibili sanzioni prevedute dal diritto,
46 si manifesta soprattutto quando, dalle classificazioni generali di cui nel precedente paragrafo, si scenda a considerare il loro contenuto specifico ed il loro modo di operare pratico. Al quale effetto procederemo, anche qui, per gruppi e per esempii.

Una prima distinzione, che converrà fare sotto questo aspetto, porta a distinguere sanzioni che si attuano, almeno precipuamente, con una pronuncia del giudice e sanzioni che, per la loro completa attuazione, richiedono invece delle attività pratiche stromentali più complesse, rivolte a realizzare materialmente un risultato di fatto (atti di esecuzione).

Anche la pronuncia del giudice, con cui si può attuare talvolta una sanzione, è sempre un provvedimento di autorità e non una mera enunciativa teorica. Essa consegue gli effetti voluti, in quanto il diritto le riconosce una particolare autorità od efficacia rispetto a situazioni giuridiche preesistenti, autorità od efficacia che si spiega automaticamente, senza bisogno di altre attività (per lo meno da parte del giudice).

Questo non può far meraviglia a chi ricordi, che anche dei negozii di diritto privato, consistenti in semplici dichiarazioni o manifestazioni di volontà, possono produrre automaticamente (perchè così dispone la legge) degli effetti giuridici (costituire dei diritti, trasferirli, modificarli ecc.), e che così avviene anche di tanti provvedimenti di autorità di ordine amministrativo (concessioni amministrative, investiture di pubblici uffici, destinazione di beni, dichiarazioni di demanialità o di pubblicità, revoca od annullamento di atti in sede di controllo ecc. ecc.). Le pronuncie del giudice, di cui parliamo, hanno delle profonde affinità soprattutto con questi ultimi provvedimenti, ed è facile intuire come possano funzionare utilmente anche per la attuazione di sanzioni.

Il contenuto delle pronuncie di cui parliamo può essere di carattere semplicemente « dichiarativo » oppure « costitutivo ». Pronuncie, in un certo senso, sono anche la « condanna », la « ingiunzione » ed altri provvedimenti a scopo esecutivo, ma poichè in questi non può dirsi che si esaurisca la applicazione di una sanzione, dovremo farne cenno a parte, ed in relazione al seguito che possono avere (v. più oltre il n. 51).

Dichiarativo qualificheremo il contenuto di una pro-
47 nuncia, quando il giudice provveda « dichiarando », per l'appunto, che un certo fatto giuridicamente rilevante è accaduto o non è accaduto o che un certo diritto od un certo rapporto, una certa situazione giuridica sussistono o non sussistono o sussistono, in un modo piuttosto che in un altro.

La pronuncia in questo caso (di « declaratoria » o di « accertamento giudiziale ») ha una propria efficacia, in quanto è munita dalla legge di « autorità di cosa giudicata », e cioè di una particolare efficacia, per cui quello che il giudice ha proclamato, varrà ormai come verità (legale piuttosto che storica), non solo per lui stesso, ma anche per tutti gli altri giudici ed uffici dello Stato, ogni qual volta lo stesso punto torni ad essere in giuoco od in questione ad effetti

giuridici. Per ciò la legge ascrive questa autorità alla categoria delle presunzioni assolute (cfr. l'art. 1350 n. 3 cod. civ.).

Qui però la legge distingue, secondochè la pronuncia sia avvenuta a seguito di una indagine sulla applicabilità di una pena, nelle forme procedurali proprie di questa ipotesi, e a seguito di azione pubblica, oppure a seguito di una indagine sulla applicabilità di una sanzione civile, su domanda di parte (esercizio di una azione privata e nelle forme procedurali proprie di questa ipotesi). Nel primo caso la presunzione di verità si spiega per tutti e di fronte a tutti i soggetti, nel senso che tutti possono legalmente invocare od opporre come vero, ciò che il giudice abbia dichiarato esser vero (arg. dagli artt. 25 a 28 cod. proc. pen.). Nel secondo caso invece, quella presunzione spiega i suoi effetti soltanto « fra le parti » (e cioè fra la parte o le parti legittimate a proporre la domanda, e che la abbiano proposta, e l'altra o le altre legittimate a contraddire o resistere), nel senso che queste parti e soltanto queste (oppure — bisogna aggiungere — quelle che siano succedute a loro), le une contro le altre, potranno poi legalmente invocare od opporre per vero fra loro, ciò che il giudice abbia dichiarato fra loro esser vero (art. 1351 cod. civ.). Questa differenza si spiega con la diversa natura (che già conosciamo) dell'azione in giudizio e con le diverse esigenze che vi si connettono.

Però non potremo renderci conto più pienamente della sua portata pratica (forse più scarsa di quello che a prima vista potrebbe parere) e della sua giustificazione, se non dopo avere maggiormente approfondito l'esame delle sanzioni e delle azioni. Torneremo quindi più tardi su questo argomento, e vi dedicheremo, per la sua importanza, tutto un paragrafo (§ 12, ultimo di questo capitolo).

NORMALMENTE le « declaratorie » non sono che ele-
48 menti di una pronuncia più complessa, perchè, di regola, il giudice non può emettere provvedimenti, se non cominci con l'accertare, che ne è il caso. E allora deve

cominciare col dichiarare, di regola, che li emette in relazione ad una determinata situazione da lui accertata. Resta a vedere però, in questi casi, ciò che resta confinato nella sfera soggettiva dei motivi o dei ragionamenti (che in sè e per sè non sono un provvedimento), da ciò che del provvedimento stesso entra a far parte integrante, come « statuizione » d'autorità (declaratoria). Problema questo, di interpretazione del provvedimento o della pronuncia, che va risolto caso per caso.

Anche quando facciano parte di pronuncie più complesse, le declaratorie conservano una importanza fondamentale, non foss'altro per determinare il valore di quegli altri provvedimenti, ai quali si connettono. Tutti sanno all'ingrosso, anche se non ne abbiamo ancora parlato, che cosa può essere la condanna al pagamento, per esempio, di una somma. Ma essa non assume il suo pieno significato e il suo vero valor pratico, se non in quanto il giudice precisi in via di « declaratoria », che quella tal somma deve esser pagata in dipendenza di un certo determinato debito. Solo così si saprà, per esempio, quali effetti estintivi produrrà poi il pagamento o quali conseguenze possano nascere da una ulteriore inadempienza.

SE PUR RARAMENTE, talvolta può tuttavia avvenire, che
49 una semplice declaratoria esaurisca da sè sola (o col concorso di formalità stragiudiziali) l'applicazione di una sanzione, nel che si deve veder confermato, che le declaratorie (accertamenti) hanno, per loro natura, carattere di provvedimento.

Si supponga che un determinato soggetto, pur nato da certi coniugi in costanza di matrimonio, non figuri, per un qualsiasi motivo, come figlio legittimo o non abbia il possesso di fatto di questo stato (artt. 170 a 172 cod. civ.). Poichè da siffatta situazione egli viene a risentire evidente pregiudizio, potrà adire il giudice per chiedergli, che accerti e proclami, in confronto dei genitori, la sua condizione o il suo « stato » di figlio legittimo (art. 174 e segg. cod. civ.). Ove il giudice accolga la sua richiesta e pronunci

in conformità, qualsiasi dubbiezza o incertezza in proposito verrà automaticamente e definitivamente esclusa e verrà rimossa ogni falsa apparenza in contrario. Vale ormai per vero, fra di lui e i suoi genitori, che egli sia figlio legittimo. E dal momento che vale fra lui e i suoi genitori, praticamente è, come se valesse per tutti. Al quale effetto, il figlio può servirsi della pronuncia per farne fare annotazione (come formalità secondaria e stromentale) sui pubblici registri dello stato civile.

Altre ipotesi di questa specie possono rinvenirsi in materia di filiazione naturale (es. art. 189 e 190 cod. civ.). Altri se ne trovano anche nel campo dei diritti patrimoniali (es. art. 2126 cod. civ.).

Un esempio può essere anche la verificazione di una scrittura privata, quando sia chiesta ed ottenuta con un provvedimento autonomo (arg. dall'art. 282 cod. proc. civ.; esempio degli effetti ai quali può servire: art. 1935 capov. e 1989 cod. civ.) o la dichiarazione di falsità di un atto pubblico in sede civile (art. 296 cod. proc. civ.; i provvedimenti che vi si possono accompagnare, secondo l'art. 309, sono piuttosto accessorii, che non atti di esecuzione).

Da questi casi, e dal disposto generale dell'art. 1350, può desumersi (per quei procedimenti di analogia, che sono consentiti, come sappiamo, in questo campo) un principio più generale, e cioè che i provvedimenti giudiziali di sanzione civile, possono anche esaurirsi in una mera pronuncia, tutte le volte che la incertezza, o (più spesso) le false apparenze, rappresentino di per sè uno stato di insoddisfazione di un diritto, per lo meno in una certa direzione od in rapporto a certi effetti, per i quali la sua stessa certezza è condizione indispensabile.

Una applicazione pratica interessante può esser questa: quando si siano create delle false apparenze con negozii simulati, la parte interessata può rimuovere la falsa apparenza (che può esserle pregiudizievole), facendo accertare dal giudice la simulazione e ristabilire, con la sua pronuncia, la verità.

Le mere declaratorie del giudice assumono infine una funzione pratica di grande importanza, in casi che sono per così dire il rovescio di una applicazione di sanzioni, ma che pur meritano qui di esser ricordati per evidente affinità: i casi in cui il giudice esclude l'applicabilità di una sanzione ed assolve, con apposito provvedimento, da una imputazione del pubblico ministero o da una domanda altrui. Resta definitivamente accertato nel primo caso, di fronte a tutti (e a tutti gli effetti), che il reato non sussiste (arg. dell'art. 27 cod. proc. pen. in relazione all'art. 479); nel secondo caso resta accertato, fra le parti, che è infondata la domanda o la pretesa, il che trarrà colore e valore dalle « declaratorie » della sentenza intorno alla ragione determinante dell'assoluzione (es.: il debito non è mai sorto oppure il debito è stato pagato).

50 Costitutivi chiameremo gli effetti di una pronuncia del giudice (o di provvedimenti contenuti in una pronuncia, di solito in concorso con le opportune declaratorie e talvolta anche con clausole di condanna), quando alla pronuncia (o meglio al provvedimento) la legge annetta l'autorità, la virtù o la efficacia di modificare delle situazioni giuridiche preesistenti. Qui ci deve essere in certo senso una « volontà » del giudice, deliberatamente diretta all'effetto costitutivo (in quel senso, ben si intende, che assume la parola « volontà », applicata all'esercizio di pubbliche funzioni, mediante poteri pubblici, da parte di un organo dello Stato). Ma l'effetto può prodursi, soltanto in quanto la legge riconosca al giudice quei poteri costitutivi e quindi attribuisca, ripetiamo, al provvedimento gli effetti voluti dal giudice nel pronunciarlo.

Gli esempii sono numerosi.

C'è anche qualche pena che si attua con provvedimenti costitutivi, ma si tratta sempre di pene accessorie e di importanza relativamente secondaria (es. interdizione dai pubblici uffici, perdita della patria potestà: artt. 28 e segg. cod. pen.). I casi più numerosi e più importanti sono nel campo delle sanzioni civili. E si potrebbe cominciare con

l'additare in proposito una serie di possibili provvedimenti, nei quali è ancora incerto se si debbano ravvisare delle semplici declaratorie o dei provvedimenti costitutivi propriamente detti (questione che non ha, del resto, conseguenze pratiche rilevanti).

Si supponga, per esempio, che fra due soggetti sia intercorso un contratto inficiato di nullità assoluta (per difetto di formalità o per impossibilità dell'oggetto o per altro motivo): uno dei contraenti chiede al giudice che ne dichiari la nullità, e questi emana il provvedimento relativo. In questo caso il carattere di pronuncia di mero accertamento è decisamente prevalente; posto che la nullità trova nella pronuncia del giudice soltanto la sua constatazione formale, munita di autorità di cosa giudicata. Il giudice non innova niente. Ma se viceversa il contratto era viziato soltanto di annullabilità (ad esempio per errore o per violenza), esso produce in origine i suoi effetti; e la cessazione o la eliminazione successiva della sua efficacia, non può discendere come diretta conseguenza dal vizio stesso, quanto piuttosto discende dal provvedimento del giudice che, accertato il vizio, pronuncia la nullità, cioè, in questo caso, annulla (cfr. artt. 1300 e segg. cod. civ.). Qui sembra veramente, che si passi nella categoria delle sentenze costitutive, sebbene altri dica che in realtà il giudice si limita anche qui ad accertare la sussistenza del vizio e la volontà successivamente manifestata dalla parte interessata, di voler far dichiarare, come conseguenza del vizio, la nullità. L'annullamento, piuttosto che dal provvedimento e cioè dalla « volontà » del giudice, discenderebbe dalla volontà della parte di far dichiarare (pronunciare) la nullità. Considerazioni analoghe potrebbero farsi per la nullità o annullabilità dei testamenti o di disposizioni testamentarie e di altri negozii.

Dello stesso tipo è in sostanza il provvedimento, che dichiari sciolta una società commerciale a sensi dell'art. 99 cod. comm. o che rescinda una vendita o una divisione per lesione enorme (art. 1038 capov. e 1529 e segg. cod. civ.).

Ma ancor più nitido (ed ormai innegabile) sarà il carattere costitutivo di un provvedimento, che risolva per inadempimento un contratto bilaterale (art. 1165 cod. civ.) o un contratto di società civile per giusti motivi (art. 1735 cod. civ.), perchè qui il giudice deve fare degli apprezzamenti della situazione, secondo dei proprii criterii, e non semplicemente dare atto di una volontà di parte. Così avverrà, per esempio, nel caso di riduzione di donazioni o di legati (art. 821 e segg. 1091 e segg. cod. civ.) ecc.

Fin qui, abbiamo esempi di effetti costitutivi in un senso, per così dire, di demolizione giuridica. Ma ci possono essere anche dei provvedimenti, per così dire, creativi.

Esempio: costituzione giudiziale di servitù forzose (di passaggio, di acquedotto, di elettrodotto ecc.: art. 592 e segg. cod. civ., e leggi speciali in materia). È il provvedimento del giudice che « imprime » sul fondo la servitù, ne determina il tracciato, i modi di esercizio ecc. Altri esempii tipici, quelli degli artt. 573 u. c., 578 ecc. cod. civ.

Nè va dimenticata l'affrancazione forzosa dell'enfiteusi (art. 1564 cod. civ. e leggi speciali) o quella delle rendite (art. 1783 e segg. cod. civ.).

In materia di rapporti contrattuali, il provvedimento del giudice può integrare il contenuto delle discipline e dei patti convenzionali (es. artt. 1124, 1173 capov. cod. civ., 60 e 38 cod. comm. ecc.).

Una categoria tipica può esser rappresentata da tutti i provvedimenti divisorii. Il giudice può risolvere lo stato di comunione (su singoli beni o su interi patrimonii, come nel caso di comunione ereditaria), assegnando singolarmente beni e diritti a ciascun condividente e perfino modificandone a questo effetto l'oggetto (es. dividendo fondi, case, collettività di mobili ecc. ecc.: art. 684 e 984 e segg. cod. civ.).

Tipico anche l'art. 544 cod. civ., in materia di reparto e regolamento d'uso delle acque.

Nei casi fin qui accennati, il provvedimento del giudice attua degli effetti, che le stesse parti avrebbero potuto

produrre con dei proprii negozii giuridici (se avessero voluto rendersi adempienti ; se fossero riuscite a mettersi d'accordo ecc.). Dove ci può essere, per esempio, la risoluzione o la rescissione giudiziale, potrebbe esserci una risoluzione o rescissione consensuale ; così ci potrebbe essere la volontaria costituzione, in concreto, di una servitù forzosa, un accordo consensuale per integrare il contenuto di un precedente contratto, una divisione consensuale ecc. Il provvedimento costitutivo del giudice funziona quindi, in un certo senso, come sostitutivo di dichiarazioni negoziali mancate o negate.

A noi sembra (ed è opinione assai diffusa), che, anche in questo campo, dai casi espressamente preveduti possa ragionarsi per analogia e ricavarne qualche direttiva generale. Così, per esempio, pensiamo, che quando una persona si sia vincolata giuridicamente a compiere un determinato negozio con effetti costitutivi (es. trasferire una proprietà) e ne sia sufficientemente prestabilito il contenuto specifico, se egli stesso non adempia, il giudice possa dare, in via di sanzione, un provvedimento costitutivo, che sostituisca il negozio mancato, anche se la legge espressamente non lo prevede.

Altri casi vi sono, in cui il provvedimento del giudice produce degli effetti costitutivi, che non potrebbe produrre un atto di volontà privata (es.: separazione della dote, art. 1418 e segg. cod. civ.) o che questo potrebbe produrre solo con un intervento del giudice a scopo di controllo (es. separazione dei coniugi: artt. 149 e segg. cod. civ. in relazione all'art. 157). Qui, trattandosi di disposizioni tassative, l'analogia non può aver luogo.

Anche la efficacia dei provvedimenti costitutivi può esser integrata con formalità accessorie (es. annotazioni o trascrizioni sui pubblici registri, altre forme di pubblicità ecc.). Ma questo non può mutare il carattere intrinseco del provvedimento, nè può considerarsi come modo di esecuzione, tanto più che a queste formalità ulteriori resta estraneo il giudice.

NON SEMPRE, come abbiamo avvertito da principio, una
51 semplice pronuncia del giudice può essere sufficiente da sola ad attuare in tutto, o almeno nel loro contenuto precipuo, le sanzioni prevedute dal diritto. Occorre talvolta realizzare altri risultati in ordine materiale, con ben altre attività e con l'impiego di altri poteri stromentali.

Statisticamente, anzi, possiamo dire, che i casi di questo ultimo tipo sono immensamente prevalenti, per numero e per importanza.

Per esempio, dove la legge commina la reclusione o l'arresto, non basterà certo una pronuncia dal giudice ad attuare la sanzione ; bisognerà che entri in funzione il lugubre apparato della amministrazione carceraria. E se qualcuno non paga i suoi debiti, sarebbe una ben magra consolazione e una garanzia irrisoria per il creditore, una semplice pronuncia del giudice. La sanzione sta, come sappiamo, nel far pervenire al creditore qualche cosa che sostituisca la mancata prestazione : denaro o cose, prelevate dal patrimonio del debitore. Ma a questo scopo ci vorranno delle attività del giudice assai più complesse.

Per seguire la terminologia corrente, adottata, del resto, anche dalla legge, diremo, che in questi casi l'applicazione della sanzione implica o richiede una « esecuzione » (forzata o coattiva) o degli « atti esecutivi ».

A queste sanzioni dedicheremo un paragrafo apposito (cioè tutto il paragrafo seguente).

Ma prima di abbandonare la materia delle pronuncie di cui ci stiamo occupando, gioverà aggiungere ancora alcune avvertenze ed alcune notizie sul coordinamento e sulle interferenze fra pronuncie ed esecuzione.

Anche la esecuzione coattiva o forzata di cui parleremo, richiede, fra i suoi varii atti, dei provvedimenti, che, guardando agli effetti, dovrebbero dirsi nettamente costitutivi. Per esempio, quando si espropriano dei beni del debitore vendendoli all'asta, per cavarne denaro onde soddisfare i creditori, sono dei provvedimenti del giudice (o di suoi organi ausiliarii), che distraggono dal patrimonio quei beni; provvedono ad alienarli e trasferirli ad altri

(acquirenti), in via di vendita giudiziale; dispongono del danaro ricavato.

Quali effetti più caratteristicamente costitutivi di questi, potrebbero mai immaginarsi ? Però bisogna ben avvertire, che qui il provvedimento non è fine a se stesso, non è in sè e per sè attuazione finale di una sanzione. In questo suo impiego esso è meramente stromentale, per realizzare in definitiva altri risultati (far pervenire ai creditori delle somme, ricavate dalla vendita). Ed è solo in questi risultati finali, che può vedersi la attuazione della sanzione. Non possiamo quindi ascrivere quei provvedimenti alla stessa categoria dei provvedimenti costitutivi (sanzionatorii), di cui abbiamo parlato prima (e che sono finali e non stromentali). Dei provvedimenti stromentali dovremo occuparci a suo tempo semplicemente come di un momento (sia pure caratteristico) della esecuzione (v. i paragrafi seguenti).

Può avvenire d'altra parte, che la esecuzione richieda, durante il suo corso, degli accertamenti del giudice, per arrivare al suo risultato finale. Per esempio, quando si tratti di ripartire fra più creditori il ricavato di una alienazione forzata, bisognerà stabilire il titolo e la misura dei diritti di ciascuno, per arrivare al riparto.

Però il più delle volte anche questi accertamenti hanno carattere e finalità stromentale dell'esecuzione, e non hanno effetti fuori di questo ambito. Soltanto in certe contingenze può avvenire, che la esecuzione, dia luogo a declaratorie del giudice, munite a tutti gli effetti di autorità di cosa giudicata. E allora potremo dire, che la esecuzione offre l'occasione a provvedimenti di altro ordine (e con caratteri finali e non soltanto stromentali).

In tutt'altro senso gioverà ricordare finalmente e fin da ora, che molte volte le sanzioni da attuarsi in via di esecuzione non possono trovare applicazione, se questa non sia preceduta da una pronuncia del giudice, caratterizzata da certe clausole specifiche, ai fini della esecuzione.

Gli esempii più caratteristici sono dati dai provvedimenti di condanna (o di ingiunzione) a pagamento o rilascio, e dalla dichiarazione di fallimento.

52 La CONDANNA ha una funzione vitalissima nel campo penale, non meno che in quello civile.

Nel campo penale nessuna pena, di regola, si può applicare in via di esecuzione, se innanzitutto il giudice non abbia accertata la sussistenza del reato e la punibilità del reo, con un provvedimento, che consiste di un accertamento (munito di autorità di cosa giudicata: v. sopra n. 47) integrato da una clausola con cui il giudice determina concretamente la pena applicabile e « condanna » il colpevole a quella pena. Questa pronuncia del giudice costituisce la proclamazione solenne e concreta, che la pena deve avere attuazione. Essa «legittima» gli organi esecutivi alla esecuzione, e fa sorgere anzi il dovere di ufficio di provvedervi (cfr. artt. 575 e seguenti del cod. proc. pen).

Soltanto per certi reati di scarsa entità e facilmente rilevabili, la condanna può esser pronunciata con un provvedimento più sbrigativo e sommario, il cui effetto può essere sospeso ed eventualmente eliminato dalla opposizione del presunto colpevole (decreto penale: artt. 506 e segg. cod. proc. pen.). Ma anche in questi casi, se non vi sia tempestiva opposizione, il provvedimento assume gli effetti di un provvedimento ordinario di condanna.

Nel campo delle sanzioni civili, il provvedimento di condanna può trovar luogo come preliminare, ma non sempre necessario, come vedremo, di sanzioni consistenti in una esecuzione sui beni.

Il provvedimento consta in questi casi di una declaratoria, cioè di un accertamento (munito anch'esso di autorità di cosa giudicata, ma fra le parti: n. 47 cit.), con cui il giudice stabilisce che un certo soggetto (e cioè quello contro il quale sia stata esercitata l'azione), è tenuto a dare qualche cosa ad un altro od a fare qualche cosa a profitto di un altro (cioè di quello che ha esercitata l'azione), accompagnato (questo accertamento) da una clausola, con cui il giudice « condanna » costui a dare o a fare quel che deve (sia che ciò dipenda da un debito o da un obbligo sorto ad altro titolo, come, per esempio, l'obbligo di restituire una cosa, di cui sia abusivamente in possesso). Qui

formalmente abbiamo la proclamazione concreta del dovere di adempiere e non della sanzione applicabile (come avviene invece nel caso di condanna penale), ma col significato implicito, che, se il condannato non adempia volontariamente all'obbligo suo, l'altra parte (a cui favore la condanna è pronunciata) è «legittimata» a chiedere l'esecuzione forzata e gli uffici od organi esecutivi sono «legittimati» a darvi corso (anzi, su richiesta di lui, hanno il dovere di darvi corso).

Anche nel campo civile possono esser dati dei provvedimenti analoghi alla condanna (decreti ingiuntivi), con un accertamento sbrigativo e sommario, suscettibile di opposizione, ma che assume gli effetti di un provvedimento ordinario di condanna ai fini della esecuzione, se l'opposizione non venga tempestivamente proposta.

Non entriamo in maggiori particolari, perchè della formazione di questi provvedimenti discorreremo lungamente nel seguito del corso (a cominciare dal capitolo seguente).

Interessa intanto notare, come i provvedimenti di condanna (penali e civili) siano muniti a lor volta dalla legge di una autorità particolarissima, che potremmo chiamare di legittimazione dell'esecuzione.

Non si può dire, che essi siano meramente stromentali (per gli effetti della esecuzione), perchè, in quanto contengono un accertamento e una proclamazione concreta e solenne della sanzione da applicare o dell'obbligo da adempiere, hanno in sè qualche cosa di definitivo (pur dovendosi tener distinte, sotto questo rispetto, le condanne, precedute da accertamento, dalle semplici ingiunzioni: v. il paragrafo finale di questo capitolo).

In civile, dove è ancora possibile l'adempimento volontario a seguito della condanna, essi possono esercitare n fra l'altro una funzione di precisazione, di chiarimento, di eliminazione legale di ogni contestazione e di ogni dubbio, che ha una propria utilità in sè e per sè, in quanto la inadempienza anteriore potesse dipendere da incertezza o da false opinioni intorno alle proprie ragioni, dall'opinione o dalla speranza di sfuggire all'adempimento.

Sempre in civile poi, c'è anche di più; e questo merita particolare rilievo. Quando ci siano degli obblighi o delle obbligazioni, per le quali non è possibile sostituire in via di sanzione una esecuzione «in natura» al mancato adempimento dell'obbligato, il provvedimento di condanna può contenere la conversione del contenuto dell'obbligazione originaria in altra legalmente equivalente (e cioè di solito in obbligazione di danaro), per cui sia possibile l'esecuzione, concretandone il contenuto (es. risarcimento del danno). In questi casi, evidentemente, la pronuncia di condanna civile porta in sè non soltanto elementi di accertamento, ma anche dei provvedimenti di carattere costitutivo.

Tanto la pronuncia di condanna penale come quella di condanna civile, costituiscono titolo per la iscrizione, per intanto, di ipoteca giudiziale a garanzia dei risultati utili della futura esecuzione, per il loro contenuto pecuniario (cfr. specialmente artt. 1970 e segg. cod. civ.). La relativa iscrizione non appartiene agli atti di esecuzione, ma ha luogo prima e fuori di questa, senza ulteriore intervento del giudice (cfr. artt. 1986 e segg. cod. civ.).

Quanto alla sentenza dichiarativa di fallimento, ha anch'essa degli elementi di accertamento e costitutivi ed apre la via ad una forma di esecuzione — la più vasta di tutte — ma in certo senso appartiene già alla esecuzione, ed ha una funzione prevalentemente, se non esclusivamente, stromentale rispetto a questa. Cosicchè sarà preferibile parlarne nel paragrafo seguente.

§ 9. *Continuando: sanzioni che si attuano in via di esecuzione; esecuzioni universali e particolari; «in natura» e in denaro.*

ESECUZIONE forzata o coattiva, atti esecutivi (o di ese-
53 cuzione), sono, come avvertivamo nel paragrafo precedente, le espressioni tecniche più comunemente usate anche dalla legge, per designare le attività di organi pubblici, necessarie ad attuare quelle sanzioni, che non possono esaurirsi e non si esauriscono in semplici pronuncie.

Le sanzioni per cui si fa luogo ad esecuzione (forzata), possono essere di tipo profondamente diverso, e diverse, per conseguenza, sono anche le caratteristiche e il contenuto della esecuzione medesima.

Di una esecuzione hanno bisogno intanto normalmente — e lo abbiamo già avvertito — le sanzioni penali (artt. 575 e segg. del cod. proc. pen., già citati). La morte diventa una sanzione effettiva (attuata), quando spara il plotone di esecuzione, e la reclusione o la detenzione, quando il colpevole venga effettivamente rinchiuso, dove il sole si vede a scacchi. Una pena pecuniaria potrà invece trovare attuazione in modo molto più semplice, quando il condannato paghi. Ma se non paghi, occorreranno anche qui delle attività materiali di esecuzione sui beni, onde far pervenire alle casse dello Stato il relativo ammontare, più o meno come quando si tratti di un debito insoluto.

Nel campo delle sanzioni civili, quelle che dan luogo ad esecuzione forzata, incidono esclusivamente sui beni (comprendendo fra i beni anche quelli che vengono in considerazione soltanto come oggetto di possesso o di detenzione).

E qui bisogna che ci soffermiamo nuovamente, per far luogo ad ulteriori distinzioni.

Giova distinguere infatti innanzitutto, per i loro caratteri profondamente diversi, le sanzioni che involgono la liquidazione forzata di tutto un patrimonio (esecuzione forzata «concorsuale» od «universale», tipo: «fallimento»), da sanzioni che si attuano con una esecuzione «particolare», e cioè si attuano sopra singoli beni, e ad effetti limitati. Fra queste bisognerà poi suddistinguere ulteriormente, fra esecuzioni che tendono a realizzare dei determinati risultati «in natura», da quelle che, attraverso alla spropriazione o realizzazione di singoli beni del debitore, tendono alla soddisfazione (sostitutiva) di singoli crediti di danaro o di crediti o diritti già convertiti (attraverso una condanna) in crediti di danaro.

Il FALLIMENTO (e in genere le liquidazioni forzate di
54 interi patrimonii) sono sanzioni, che hanno luogo in caso di

insolvenza (mancato pagamento a tempo e luogo) di debiti di danaro. Però è evidente, che non si può considerare un fenomeno così esteso (anzi totalitario), come una sanzione specifica comminata esclusivamente per quelle singole inadempienze (insolvenze), che vi danno occasione, e con funzione di garanzia rispetto ad esse soltanto. Ci sarebbe una sproporzione inconcepibile fra causa (occasionale) ed effetto. Bisogna quindi considerare le singole insolvenze od inadempienze, soltanto come l'accidente esterno che fa mettere in moto il meccanismo di applicazione della sanzione. Ma questa va posta in relazione con una causa sottostante più vasta e più profonda e cioè col verificarsi di una situazione patrimoniale (dissesto) del debitore, che la legge ritiene e proclama essenzialmente antigiuridica: la impotenza del debitore a far fronte integralmente alle proprie obbligazioni (non solo dunque a quelle la cui insolvenza determina occasionalmente la liquidazione forzata, ma a tutte quante in generale).

Questo è chiaro nelle discipline legislative del fallimento contenute nel codice di commercio, in cui le singole inadempienze, che scatenano per così dire questa esecuzione, sono considerate precisamente come «sintomo» della situazione generale del debitore («stato di fallimento»: art. 683 cod. comm.). La giustificazione e la causa di tutto quello che segue, sta nel verificarsi di questa situazione e non già in quelle inadempienze singole e specifiche, che ne sono il sintomo esterno.

Si ritiene cioè che il commerciante (o la società, ente commerciale), che abbia cominciato a non pagare qualcuno, non pagherà (integralmente) neanche gli altri (perchè non può, non ha più i mezzi). E se lo si lasciasse fare in queste condizioni ed egli per amore o per forza pagasse ancora integralmente qualcuno, si troverebbe poi a pagare tanto di meno agli altri, per la semplice ragione che quanto di più dà a qualcuno, tanto meno glie ne resta (di beni o di attività disponibili) per pagar gli altri. Siamo di fronte in altri termini ad una sua condizione di insolvenza, che virtualmente ferisce tutti i creditori, e che se mai non feris-

se subito qualcuno di loro, per forza di cose ferirebbe poi dopo tanto più sensibilmente gli altri. Disparità di trattamento questa, fra creditori, che la legge considera iniqua e dannosa alla pubblica economia — quando si verifichi nel mondo dei commerci — e che essa vuole impedire — e finchè si può — prevenire. Onde, per l'appunto, la sanzione della liquidazione universale forzata di tutto il patrimonio, e cioè di tutti i beni a vantaggio di tutti i creditori egualmente.

In ciò può vedersi la più rigorosa applicazione, conosciuta nel nostro diritto, del principio tante volte ricordato: «I beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi cre«ditori e questi vi hanno tutti un eguale diritto ecc. ecc.» (art. 1949 cod. civ.).

E quando si rifletta, che qui siamo fondamentalmente nel campo delle sanzioni civili (nel senso di cui al § 7), che hanno funzione di garanzia assai più che di afflizione, non può far meraviglia, che il debitore sia esposto a questa così vasta e radicale sanzione, anche se non consti, che il fatto di esser caduto nello stato di impotenza economica a pagare (stato di fallimento), sia dovuto a suo dolo o sua colpa (cfr. n. 38, in fine).

Il procedimento di applicazione di questa sanzione si apre con un provvedimento del giudice; quella tal sentenza di «dichiarazione di fallimento», di cui ci eravamo riservati di parlare in fine del paragrafo precedente. Si tratta di un provvedimento che, in sè e per sè considerato, appare come costitutivo (toglie al debitore la facoltà di disporre dei suoi beni, organizza la relativa liquidazione ecc.) ed implica (come di solito tutti i provvedimenti costitutivi), come premessa, un accertamento dichiarativo (accertamento dello stato di fallimento). Però qui (come anche in altri casi di provvedimenti a scopo esecutivo) l'effetto costitutivo non è fine a se stesso, anzi non ha una ragion d'essere come effetto autonomo. La ragion d'essere sta soltanto nella esecuzione ulteriore, che necessariamente ed inscindibilmente ne consegue e dalla quale esso non può scindersi. Questa appunto

è la ragione (accennata del resto anche in fine del § precedente), per cui esso non può ascriversi alla categoria di quei provvedimenti costitutivi (finali) di cui abbiamo parlato prima (nel corso del § precedente, n. 50), ma può considerarsi piuttosto come il primo atto (stromentale) della esecuzione.

Discende da quello che abbiam detto, come la attuazione di questa sanzione spieghi necessariamente la sua influenza sulla posizione di tutti i creditori, nel senso che costoro non possono più esercitare personalmente ed individualmente le loro azioni creditorie, scegliendone il tempo ed il modo. Quando il debitore è fallito, e tutto il patrimonio si liquida, bisogna che i creditori insoddisfatti vengono tutti, in questo momento ed in questa sede, a far valere le loro ragioni. Ed a questo scopo infatti, devono essere in qualche modo (e quanto meno attraverso determinate forme di pubblicità) avvertiti o provocati. Se rimangano assenti, non troveranno più di che esser soddisfatti, perchè il patrimonio andrà egualmente ed integralmente liquidato, e il ricavato verrà ripartito fra quelli che si sono presentati in tempo. Questo significa, che il fallimento, se, in sè e per sè, è una sanzione per la insolvenza, la sua attuazione implica però la attuazione simultanea (e quindi la necessaria confluenza) delle sanzioni e delle garanzie che dovrebbero funzionare, in condizioni normali, per tutti i singoli creditori individualmente.

NON PER TUTTI i soggetti di diritto è comminata la
55 sanzione del fallimento o di analoghe liquidazioni forzate.

A parte qualche caso particolare (al quale accenneremo nel capitolo seguente), si può dire che il fallimento è una sanzione caratteristica dei commercianti e delle società commerciali, e ciò per ragioni di tradizione storica, di opportunità economica generale (molto problematica questa, per verità) e per ragioni tecniche.

Ma dove il fallimento è comminato, la legge annette una grandissima importanza a che esso abbia la sua applicazione, ogni qualvolta se ne verifichino gli estremi. A

questo scopo fa obbligo allo stesso commerciante dissestato di denunciare la cessazione dei pagamenti per obbligazioni commerciali, sotto comminatoria di una sanzione penale (bancarotta semplice art. 686 e 857 n. 3 cod. comm.); e dispone che il tribunale, al quale consti della cessazione, debba dichiararlo anche d'ufficio. Per questo abbiamo dato più a dietro il fallimento, come esempio di una delle pochissime sanzioni che si applicano anche d'ufficio (v. il § 7, n. 40). Non figura invece, ma per ragioni più storiche che tecniche, una attribuzione del pubblico ministero di provocarlo.

In relazione a queste disposizioni, qualcuno ha veduto nel fallimento dei caratteri di «giurisdizione volontaria» (fenomeno di cui parleremo più avanti nel capitolo IV), anzichè un vero e proprio carattere sanzionatorio. In ciò può anche esservi qualche cosa di vero (e questo si manifesta poi nell'istituto del concordato giudiziale, quale temperamento degli ordinamenti fallimentari), ma in massima a noi sembra che prevalga il carattere sanzionatorio.

Piuttosto è necessario osservare che, in vista delle disposizioni or ricordate, l'istanza di singoli creditori insoddisfatti per far dichiarare il fallimento, viene a perdere il carattere di azione individuale e di lor proprio particolare interesse, per assumere piuttosto il carattere di una denuncia della insolvenza, in base alla quale il tribunale può (e deve) provvedere alla dichiarazione, per dovere di ufficio, nell'interesse generale.

Soltanto quando il tribunale non creda di provvedere in questo senso o in questo modo sulla semplice istanza-denuncia, possono i singoli creditori agire nelle forme ordinarie (come agirebbero individualmente per una condanna) contro il commerciante o la società commerciale insolvente, per farne pronunciare il fallimento, previo accertamento e «declaratoria» della insolvenza e del dissesto.

Viceversa poi, quando il fallimento sia stato dichiarato d'ufficio o sulla semplice istanza-denuncia, può il commerciante (o la società commerciale) impugnare il provvedimento e provocare un giudizio, perchè sia accertato, con altro provvedimento che conterrà in proposito delle «declaratorie» definitive, se ricorrevano o non ricorrevano, in realtà, gli estremi voluti.

Ma di questo e di molte altre discipline relative al fallimento, parleremo meglio nel capitolo seguente e poi nella ultima parte della nostra trattazione, trattando della procedura o del procedimento fallimentare.

Qui volevamo soltanto ricordare l'istituto, per assegnargli il posto che gli compete, in quel grande quadro delle sanzioni, di cui stiamo tracciando le linee e additando i casi più caratteristici.

Ed ora completeremo il quadro, contrapponendo al fallimento le figure delle sanzioni che si attuano in via di esecuzione particolare.

56 LE ESECUZIONI PARTICOLARI o, per dir meglio, le sanzioni attuabili in via di esecuzione particolare, non investono e non travolgono tutto il patrimonio del debitore, ma hanno luogo a favore di singoli creditori (od «aventi diritto») e colpiscono singoli beni.

Anche l'applicazione di queste sanzioni ha dunque per presupposto, che vi siano uno o più creditori (od «aventi diritto») insoddisfatti, ma ha carattere tutto diverso da quello proprio del fallimento. Là il singolo episodio di insolvenza è preso in considerazione solo come un sintomo. Qui è considerato invece isolatamente in sè e per sè, come un caso, al quale si deve direttamente e specialmente provvedere, con una sanzione apposita, specifica, ad effetti limitati. Là i creditori insoddisfatti possono proporre semplicemente una istanza-denuncia e il tribunale può provvedere anche di ufficio o su denuncia del debitore. Qui il singolo creditore insoddisfatto bisogna, invece, che agisca individualmente, nel proprio particolare interesse. La sanzione funziona soltanto per lui, come garanzia del suo diritto o delle sue ragioni, senza preoccuparsi, come avviene nel fallimento, delle sorti della generalità degli altri. E così è che, mentre il fallimento si apre con un provvedi-

mento del giudice e procede poi per iniziative di ufficio, qui la applicazione della sanzione, e cioè l'esecuzione, si apre con atti di parte e procede soltanto su iniziativa dei singoli privati interessati.

Detto questo però, bisogna che richiamiamo una suddistinzione fatta più sopra fra sanzioni (esecuzioni) che tendono ad attuare un certo risultato materiale «in natura» e sanzioni che tendono a procurare una soddisfazione in danaro. Il regime è sensibilmente diverso. E fra i due gruppi sarà forse opportuno, se non rigorosamente più logico, che parliamo prima del secondo gruppo, perchè offre più larga materia e opportunità di confronti con l'esecuzione fallimentare.

Queste sanzioni esecutive particolari, in quanto pur esse conducono alla alienazione forzosa di beni del debitore, possiamo chiamarle di «espropriazione forzata particolare» sui beni.

L'ESPROPRIAZIONE FORZATA particolare colpisce, dice-
57 vamo, singoli beni del debitore.

Qui è il singolo creditore insoddisfatto che, chiedendo l'applicazione della sanzione, deve individuare o far individuare i singoli beni da colpire. Con questo viene a provocare innanzitutto il fenomeno di una distrazione e quasi di una avulsione di questi beni dal patrimonio, del quale facevano parte, per farne oggetto della esecuzione, al contrario di quello che avviene nel fallimento, il quale investe, come si è detto, il patrimonio nella sua integrità.

Il fondamento o la base giuridica del fenomeno sta sempre negli artt. 1948 e 1949 cod. civ., tante volte citati. Qui l'effetto del principio di eguaglianza ivi enunciato (art. 1949), si manifesta nel senso, che qualunque creditore (e quindi ciascuno di essi egualmente, come gli altri) può scegliere per la esecuzione (e quindi per la attuazione della sanzione) quei beni che creda (salvo poche ed eccezionali limitazioni alla scelta). Si manifesta, ancora, lo stesso principio, nel fatto che, quando un creditore abbia promossa l'esecuzione sopra determinati beni, questi non

restano, sol per ciò, destinati esclusivamente alla soddisfazione del suo credito; gli altri creditori possono intervenire, individualmente, se vogliono, per partecipare anche essi al riparto del ricavato della espropriazione di quei beni, onde serva anche a garanzia dei loro crediti. Però il principio di eguaglianza non spiega i proprii effetti fino al punto, che tutti quanti i creditori vengano invitati o provocati ad intervenire (come accade nel fallimento). Una eccezione si fa (per ragioni specialissime, che vedremo a suo tempo) soltanto per i creditori ipotecarii iscritti, che vengono effettivamente provocati ad intervenire, quando venga colpito lo stabile ipotecato. Ma gli altri, no. Cosicchè, là dove trova luogo la spropriazione particolare, può accadere, che i creditori «più svelti» o meglio informati riescano ad esser soddisfatti, mentre gli altri che arrivano dopo, non trovando più altri beni da colpire (o altre esecuzioni ancora in corso, in cui intervenire) restino a mani vuote. Risultato di disparità di trattamento, questo, che col fallimento, quando è applicabile, viene evitato od impedito.

Tutti i debitori che non pagano, sono soggetti, senza distinzioni, alla esecuzione particolare, anche i commercianti (e le società commerciali). Per questi ultimi però dovrebbe accadere (almeno teoricamente), che il tribunale, quando sappia che c'è una esecuzione in corso (e che il commerciante debitore non ha buone ragioni per opporsi alla esecuzione), pronunci anche d'ufficio la dichiarazione di fallimento

Qualunque creditore insoddisfatto, d'altra parte, può provocare, come dicevamo, l'esecuzione per spropriazione particolare. Però bisogna che sia munito (o altrimenti si munisca in precedenza) di una documentazione del proprio credito, caratterizzata da particolari requisiti di certezza e di efficacia («titolo esecutivo»; esempio: atto contrattuale ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale, cambiale o vaglia cambiario ecc.). Se non ne sia già munito, bisogna che cominci col munirsene, chiedendo od ottenendo a carico del debitore uno di quei provvedimenti di condanna (civile) o di ingiunzione giudiziale, di cui abbiamo parlato

in fine del paragrafo precedente (n. 52). Il che lo porterà necessariamente a percorrere una via più lunga, e che viene a distinguersi in due fasi, in qualche modo autonome (condanna ed esecuzione).

Gli stessi requisiti (come non occorrono per provocare il fallimento, quando è ammesso dalla legge) non occorrono invece per intervenire, onde partecipare al reparto in una esecuzione per spropriazione particolare, già promossa da altri. In questo caso la sussistenza del credito, all'effetto indicato, viene appurata in occasione del reparto medesimo.

Ogni altra maggiore e più dettagliata notizia su tutti questi fenomeni, dobbiamo riservarla a più tardi, quando parleremo della relativa procedura (cioè al capitolo seguente e poi alla terza parte della nostra trattazione). Qui, in questa sede, ci basta — come per il fallimento — di aver data una idea generale, di ciò in cui consiste questa figura di sanzioni.

DIRITTI DI PRELAZIONE possono sorgere (come suppo-
58 niamo noto da altri insegnamenti) da privilegi, ipoteche o pegni.

Il loro aspetto precipuo è quello di introdurre delle deroghe al principio di eguaglianza fra creditori, del quale abbiamo parlato. E per questo se ne trova menzione nell'art. 1949.

Questo effetto si manifesta tanto nella esecuzione forzata universale, come in quella particolare quando essa colpisca beni soggetti a privilegio (generale o speciale), ipoteca o pegno; e si manifesta nei rapporti fra creditori concorrenti al reparto del ricavato. Il creditore che ha diritto a prelazione, può pretendere di esser soddisfatto, con precedenza sugli altri (e anche a costo di lasciar gli altri a mani vuote). Se più siano gli aventi diritto a prelazione, la legge stessa determina il loro rispettivo rango di precedenza nel concorso (si ricordi ad esempio l'art. 1959 cod. civ., che va integrato però con le disposizioni di varie leggi fiscali; gli artt. 2007 e segg. cod. civ. ecc.).

È chiaro di qui, come la imposizione o la costituzione di privilegi o di altri diritti di prelazione, spieghi soprattutto i suoi effetti in sede di applicazione di sanzioni civili (e per questo diremo poi più tardi come influisca sul regime delle relative azioni). Si tratta dunque di un fenomeno che già per questo interessa la nostra materia, e del quale dovremo trattare di proposito nella parte speciale (parte terza, già ricordata).

I privilegi, come è noto, possono essere generali (su tutti i beni o sulla generalità dei mobili) o speciali (su singoli beni). Le ipoteche ed i pegni sono sempre speciali.

Questa specialità si risolve in una tal quale destinazione particolare (legale o convenzionale) dei singoli beni alla attuazione delle sanzioni relative a certi dati crediti (garanzie specifiche di quei crediti). Ed essa può avere talvolta delle conseguenze ulteriori, che pure interessano la nostra materia.

Intanto può avvenire che un diritto di prelazione speciale possa sorgere anche su beni che non appartengono al debitore e ciò per disposizioni di legge (caso del privilegio del locatore su mobili immessi nello stabile locato anche se non appartengano al conduttore: art. 1958 n. 3 parte finale) oppure per atto di volontà del proprietario (costituzione di ipoteca o di pegno: art. 1883 e 1964 cod. civ.). In questi casi veniamo ad avere la destinazione di un bene a servire di garanzia ad un debito altrui. Ne segue, che il creditore, per il soddisfacimento del suo credito, può far valere le proprie ragioni in via od in sede esecutiva contro un terzo (anzichè od oltrechè contro il debitore), onde realizzare la propria garanzia sul bene oggetto di prelazione.

Può avvenire, inoltre, che un bene soggetto a privilegi speciali, sorti quando esso era di proprietà del debitore, venga alienato. In tal caso la legge talvolta dispone, che il privilegio possa esser esercitato anche contro il terzo acquirente (caso dei privilegi cosidetti «con sequela reale»; un esempio, con certe limitazioni, è dato dal privilegio del locatore già ricordato). Questo avviene sempre, d'altra parte, per i diritti di prelazione nascenti da ipoteca o da pegno. E

allora si verifica un fenomeno analogo a quello accennato più sopra. Il creditore può concorrere con prelazione coi creditori del terzo proprietario (che la legge chiama talvolta, ma inesattamente, terzo possessore), quando venga comunque promossa una esecuzione forzata (universale o particolare) che colpisca il bene oggetto della prelazione. Non solo. Ma può promuovere esso stesso l'esecuzione forzata (che in questo caso potrà essere soltanto esecuzione particolare) sul bene stesso, a mani del terzo proprietario (cosidetto terzo possessore).

Qui è ancora più chiaro, come il diritto di prelazione determini un regime speciale dell'azione, fino al punto di renderla esercitabile contro un terzo, non debitore (n. 38, in fine).

59 « In natura » possiamo dire che si attuano finalmente quelle sanzioni, di carattere esecutivo, che non consistono nel procurare una soddisfazione in danaro, bensì un risultato di ordine materiale di altro genere.

I casi più importanti si hanno quando qualcuno abbia perduto (o non abbia conseguito) il possesso di una cosa certa e determinata, possesso che egli abbia diritto o ragione di conseguire o di riconseguire.

In questi casi — e semprechè la cosa sia materialmente reperibile — la sanzione si attua, ritogliendo la cosa a chi la detiene, e immettendone materialmente in possesso (possesso che viene così ad essere anche giuridicamente qualificato) colui che vi abbia diritto. Si parla, in questi casi, di esecuzione per « rilascio » (se la cosa è immobile) o « consegna » (se è mobile). Gli esempii pratici più frequenti si hanno in materia di azioni di revindica e di azioni possessorie, ma ancora più in materia di locazioni. Si supponga, che alla fine della locazione (o a seguito di annullamento o risoluzione del contratto) il conduttore non riconsegni la cosa locata. La sanzione, che funziona a favore del locatore, consisterà precisamente nell'espellere, anche con la forza, il conduttore e rimettere nel possesso il locatore.

È (od era) controverso, se sanzioni di questo genere possano applicarsi anche in quei casi in cui un creditore

abbia diritto alla prestazione di una cosa certa in via di pagamento di una obbligazione e soprattutto in quei casi in cui il passaggio del possesso determina anche il passaggio di proprietà (tradizione traslativa). Disposizioni recenti in materia di decreti ingiuntivi, sembrano decidere la questione in senso affermativo. Ma non sappiamo ancora quale sviluppo avranno nella pratica, e il dubbio resta soprattutto per le tradizioni traslative di proprietà.

Per promuovere esecuzioni di questo tipo, bisogna che l'avente diritto si munisca innanzitutto di un titolo esecutivo, in forma di provvedimento di condanna od ingiuntivo (sempre nel senso veduto in fine del paragrafo precedente). Per conseguenza la attuazione della sanzione in questi casi ha sempre luogo attraverso due fasi autonome (condanna od ingiunzione, ed esecuzione propriamente detta).

Non vi può esser luogo ad intervento di creditori a scopo di reparto. Può esservi intervento od opposizione di altri (veri o pretesi) aventi diritto al possesso.

Anche su questi temi dobbiamo rinviare ogni maggiore dettaglio al seguito (capitolo seguente e parte terza della trattazione).

Qualche caso od esempio più complesso (ed ibrido) di sanzioni consistenti in esecuzioni in natura, può aversi finalmente nelle obbligazioni di fare (quando il fatto sia fungibile) e in quelle di non fare (quando ciò che sia stato fatto in contravvenzione all'obbligo, possa esser distrutto). Rinviamo, per questi esempi, agli articoli 1220 e 1222 cod. civ.

Chiudiamo così la nostra rivista informativa di gruppi e di esempi di provvedimenti di sanzione.

Ma adesso, ad intendere più precisamente le varie figure di sanzioni civili, bisogna che torniamo ancora una volta, e col sussidio delle informazioni ormai raccolte, sul tema dell'azione privata, come condizione (normale) della loro applicazione.

§ 10. — *L'azione privata civile sotto specie di diritto soggettivo. Azione ed eccezione.*

60 La condizione normalmente richiesta per la applicazione delle sanzioni civili (salva l'eccezione che riguarda l'apertura del fallimento e i pochi casi di azione pubblica), è che sia stata proposta al giudice la relativa istanza da chi spetta (soggetto o soggetti attivamente legittimati) e contro chi spetta (soggetto o soggetti passivi o passivamente legittimati). Questa iniziativa così esercitata presso il giudice prende, come sappiamo, il nome di « azione » (e più specialmente di « azione privata » cfr. § 7, n. 42).

Possiamo dire pertanto, che lo studio delle varie possibili sanzioni civili richiede, come indispensabile complemento, anche lo studio della struttura e del regime di esercizio delle relative azioni. Non potremo mai dire infatti di avere sufficiente notizia di una sanzione, se, pur conoscendone il contenuto e lo scopo, non sappiamo poi chi possa (legittimamente) chiederne la applicazione, e contro di chi. Nè questo possiamo saperlo, se non studiando per l'appunto la relativa azione.

Ma, volendo tornare con qualche profitto su questo tema, bisognerà che cominciamo innanzitutto con lo sciogliere una riserva fatta più a dietro (n. 42, in fine) e spiegare, come e perchè la facoltà di proporre al giudice la istanza, e quindi di porre in essere la condizione per la applicazione delle singole sanzioni civili, si possa e si soglia concepire come un diritto soggettivo, e come avvenga, che a questo « diritto » (oltrechè al « fatto » di proporre l'istanza) si applichi lo stesso nome di « azione » (privata, civile). Ciò dipende da un modo di vedere o di concepire le cose, che è universalmente diffuso tra i pratici, ha per sè una tradizione che risale alle origini, e si è profondamente improntata anche nei testi della legge. Il rendercene conto faciliterà grandemente il nostro compito per il seguito, anzi praticamente non potremmo farne a meno.

61 L'azione (privata) si ravvisa facilmente sotto specie di diritto soggettivo (concetto, di cui al § 3, nn. 9 e segg.) quando si muova dalla considerazione di quel che avviene all'atto pratico, nella applicazione di una sanzione civile.

Ci deve essere qualche soggetto (almeno uno), che spiega una attività (istanza, domanda) presso il giudice, contro qualcun altro;

all'effetto che il giudice applichi contro o nei confronti di costui o di costoro una detrminata sanzione, in relazione a determinati casi della vita.

Se la domanda è proposta da chi spetta e contro chi spetta (e con la doverosa osservanza delle forme di legge),

e se ricorrono gli estremi oggettivamente richiesti, perchè la sanzione richiesta possa avere applicazione,

il giudice — come organo dello Stato —, verificati questi estremi, provvederà inesorabilmente ad applicarla, perchè questo è precisamente il suo proprio compito istituzionale, la funzione per la quale è istituito, e dalla quale non può deviare nè evadere.

In questo modo la parte istante (attore), con la sua iniziativa presso il giudice, provoca la applicazione della sanzione, a carico di altri, che è soggetto a subirla. Questo par chiaro.

Ma l'esercitare quella iniziativa, è una facoltà della parte a cui spetta. Essa sola può esercitarla o non esercitarla, secondo una valutazione insindacabile del proprio interesse. Dunque possiamo anche dire, che è una sua facoltà provocare (con la propria iniziativa) la applicazione della sanzione a carico altrui.

La concezione dell'azione (civile), come diritto, balza fuori di qui.

Secondo la accezione e l'uso più lato e più comune della parola, infatti, dire che è in « facoltà » di un soggetto produrre a carico di altri un determinato effetto, val quanto dire che ciò è nel suo « diritto ».

Ed allora, se applichiamo il termine « azione » ad esprimere non più l'attività in sè e per sè (come fatto), ma la facoltà-diritto di esercitare presso il giudice quella attività

(con quel risultato), ecco che ci vien fuori il concetto di azione-diritto: il diritto di provocare la applicazione di una sanzione a carico altrui.

Sarà un diritto al quale non corrisponde, dall'altra parte, una obbligazione in senso proprio. Non del giudice, perchè questo non adempie ad una sua obbligazione specifica verso la parte, ma entra in funzione in modo automatico, per l'attuazione del suo proprio compito istituzionale di organo dello Stato. Non dell'altra parte o delle altre parti, perchè queste a loro volta sono esposte a subire passivamente la sanzione, in quanto inflitta dal giudice, senza alcun concorso di una loro volontà di adempiere. E il dover subire in questo senso, non può configurarsi come una obbligazione in senso tecnico.

Potremo dire piuttosto, che al diritto di una parte di provocare l'applicazione della sanzione, corrisponde per l'appunto questa « soggezione » altrui (a subirla), mentre il giudice non rappresenta che l'organo, attraverso il quale questa soggezione si attua e si concreta.

Questa struttura non ripugna affatto al concetto di diritto in senso soggettivo, perchè ci sono anche degli altri diritti soggettivi ai quali corrisponde una soggezione (anzichè una obbligazione) altrui. E ce ne sono anche di quelli, rispetto ai quali la soggezion ealtrui si attua, in concreto, soltanto per il tramite di un organo intermedio. Ci sono, per esempio, dei casi in cui i titolari di certe concessioni (per es. concessioni di acque pubbliche per impianti idroelettrici), possono provocare a carico altrui determinate espropriazioni o la costituzione di determinate servitù o quasi servitù a favor proprio, ad opera della pubblica amministrazione. L'analogia ci sembra del tutto evidente.

A questa concezione dell'azione come diritto, sono informate, come dicevamo più sopra, molte discipline legislative del fenomeno. Non solo. Ma essa rende possibile trasportare, sia pure con le opportune cautele, al regime dell'azione, molte delle discipline generali relative alla nascita e alle vicende dei diritti soggettivi in generale (su di che v. sopra § 3 n. 11). Così vedremo, per esempio, come si

possa dire, che si succede nell'azione o che si dispone dell'azione, nello stesso senso in cui si succede, in genere, nei diritti soggettivi o se ne dispone.

Nulla di tutto questo e nulla di simile può valere per l'azione pubblica in genere e meno ancora per l'azione pubblica penale. L'agire in questo campo, è funzione istituzionale (perpetua, costante, indeclinabile) di organi dello Stato (pubblico ministero) e non può neppure immaginarsi come materia di diritto soggettivo. Non ci può essere successione nell'azione pubblica, nè sono concepibili, rispetto a questa, atti negoziali di disposizione. Non ci sono formule tipiche o schemi particolari dell'azione pubblica diversi nei varii casi; la stessa individuazione del reato è compito del giudice, non limitato in questo dal tenore delle istanze del pubblico ministero. E non può neppure parlarsi, in queste condizioni, di estinzione dell'azione (lo stesso codice penale parla, se mai, di estinzione del reato o della pena).

Ancora una volta sia ben chiaro, dunque, che tutto quello che stiamo dicendo riguarda soltanto l'azione privata, intesa alle applicazioni di sanzioni civili (azione privata civile).

Questa, abbiamo concluso, quando risulti fondata, così che la domanda venga poi accolta dal giudice, rappresenta, anzi costituisce un diritto della parte.

Ma fermata questa prima conclusione, bisogna che ci domandiamo:

fino a che il giudice non pronunci, e quindi fino a che non si sappia, se la domanda di una parte, che afferma (pretende) di avere diritto (azione-diritto) per ottenere dal giudice un certo provvedimento, sarà o non sarà poi accolta, la situazione giuridica quale è? la semplice affermazione (pretesa) di avere azione a quell'effetto, ha una rilevanza giuridica e quale?

Dobbiamo rispondere:

senza dubbio essa ha già di per sè una rilevanza giuridica; produce già di per sè delle conseguenze di ordine giuridico.

Però questo fenomeno (che la pretesa o la affermazione abbia di per sè una rilevanza) non è esclusivamente proprio dell'azione. Anzi possiamo dire che qui si verifica,

sia pure in forma particolare e più caratteristica, un fenomeno che più o meno trova luogo per tutti i diritti soggettivi tipici in particolare.

LA POSIZIONE o proposizione dell'azione da parte di
62 qualcuno, come affermazione del suo (preteso) diritto alla applicazione di una certa sanzione a carico di altri, è la premessa necessaria, perchè si arrivi a stabilire se l'azione stessa effettivamente sussista (sia fondata).

Infatti il giudice non può pronunciare (in merito), se non ci sia istanza e se la istanza non contenga l'affermazione di una azione.

Ora il quesito che ci siamo proposti è questo :

prima che il giudice pronunci, il fatto che una parte affermi di avere una determinata azione contro altri, fa sorgere fra di loro una situazione caratterizzata e giuridicamente rilevante ? E al quesito abbiamo già anticipata più sopra la risposta, in senso affermativo : indubbiamente, sì. Ma bisogna vedere in che senso ed a che effetti, tale situazione sia o possa divenire giuridicamente rilevante e come e perchè la legge la prenda in considerazione.

Rispetto al giudice intanto, è chiaro come questo possa avvenire.

Se la parte che afferma di avere una certa azione proponga la relativa istanza, il giudice non potrà esimersi dall'occuparsene. Se ravvisi che la affermazione è infondata, rigetterà la istanza. Ma intanto ha dovuto occuparsene. Questo è un effetto innegabile. Non solo. Ma sappiamo già (v. sopra § 8, n. 49, in fine) che se il giudice la rigetti, dichiarandola infondata con una propria pronuncia, questa sarà munita dalla legge dell'autorità di cosa giudicata, con che avremo un provvedimento dotato di una propria efficacia caratteristica, in ordine ad una affermazione di parte sebbene infondata (anzi, perchè infondata).

Ma, a prescindere da questo, anche altre discipline giuridiche potranno entrare in applicazione, in ordine alla situazione determinata dalla semplice affermazione dell'azione, ed anche senza o prima che sia chiamato ad occuparsene il

giudice. E qui, ciò che si verifica rispetto all'azione affermata o pretesa, è comune al regime degli altri diritti soggettivi.

Di tutti i diritti soggettivi in generale si può dire infatti, che non sono mai certi in modo assoluto, se non in quanto siano stati accertati dal giudice. Per necessità di cose, si trattano quindi nel comune commercio come diritti soggettivi (e la legge per prima ce ne dà l'esempio nelle sue disposizioni), quelle situazioni che appaiano esteriormente come tali in base alle affermazioni delle parti, allo stato di fatto (possesso) e ad altri svariati indici (come documenti, certificazioni, pubblicità di atti ecc.), con riserva implicita di regolare poi diversamente le conseguenze, il giorno in cui venga a risultare che il creduto diritto (supposto od affermato come tale) in realtà non sussiste.

In altri termini, è fenomeno di ordine generale (ed inevitabile) che si trattino — almeno provvisoriamente — come diritti delle apparenze di diritto, salvo regolare diversamente le cose, quando poi risulti che alla apparenza non corrisponde una effettiva sostanza.

Un certo Tizio dice d'aver un credito verso Caio o dice d'esser proprietario di una cosa. Chi lo sa se, in fondo, è poi vero ? Può essere che Caio, al momento critico, neghi di esser debitore. Può essere che un altro terzo pretenda di esser lui il proprietario della cosa. Fra i due potremo aver motivo di credere piuttosto all'uno che all'altro. Ma certezza assoluta *a priori* non c'è.

Intanto però la legge, in considerazione di questi elementi di incertezza (reale o virtuale), non può escludere o sospendere l'applicazione di tutte quelle regole che riguardano, per esempio, la successione nel diritto o gli atti di disposizione. Si succede nel diritto preteso od apparente e si può disporne come se effettivamente sussistesse. Se poi un giorno verrà a risultare che non sussisteva, si avranno dei fenomeni di correzione o di rettificazione delle situazioni, che ne sono risultate. Ma questi stessi fenomeni (di correzione o di rettificazione) presuppongono, che un effetto della successione o della disposizione intanto ci sia stato ; e non lo cancellano, ma ne spostano o ne rimettono a punto gli effetti.

Così, per fare un esempio: tutte le discipline sull'evizione nelle sue varie forme (es. art. 1482 e segg.; 1542 e segg. ecc. cod. civ.) sono tutte correttive delle conseguenze del fatto, che si sia posto in essere un atto di trasferimento di un preteso diritto, che non apparteneva all'alienante o che a dirittura non sussisteva.

Qualche cosa di simile può avvenire anche in materia di azioni. La legge ammette infatti, di regola, anche la successione nell'azione, dal lato attivo e dal lato passivo; ammette entro certi limiti la possibilità di atti dispositivi dell'azione. Lo abbiamo già accennato e lo vedremo meglio fra breve. Ma dato questo, per necessità di cose, è stata indotta ad ammettere che fenomeni di successione ed atti di disposizione si possano avere anche rispetto ad azioni semplicemente affermate o pretese, sulle quali il giudice non si sia ancora pronunciato o sulle quali non sia ancora stato chiamato a pronunciarsi, salvo regolare poi — al solito — le conseguenze, quando un bel giorno venga a risultare che la azione affermata o pretesa, in realtà non sussisteva.

In questo senso la situazione giuridica determinata dalla affermazione di parte, per intanto viene trattata come una situazione in ordine alla quale possono aver luogo vicende e fenomeni giuridici di vario ordine.

Questi riflessi sostanziali del regime dell'azione-diritto sul regime dell'azione semplicemente affermata o pretesa, determinano inevitabilmente un riflesso parallelo di ordine terminologico: il nome di azione dato al diritto di provocare (dal giudice, a carico altrui) l'applicazione di determinate sanzioni (azione-diritto), si estende e si applica anche alla posizione che sorge dalla affermazione della azione, ecioè si estende alla azione affermata o pretesa.

Al quale proposito sarà utile riassumere lo stato della terminologia che ne risulta (nella pratica e anche nei testi di legge).

63 Il nome di azione, secondo quello che siamo venuti a mano a mano esponendo, può assumere dunque nell'uso comune, e anche nell'uso legislativo, questi tre significati:

prima di tutto può esser usato per esprimere l'attività spiegata da soggetti di diritto o da altri organi od uffici dello Stato presso il giudice, per l'applicazione di qualche sanzione (azione–attività). In questo senso (e solo in questo) il nome è usato anche quando si parla di azione pubblica.

Altre volte (ma questo può avvenire solo nel campo della azione privata civile: v. sopra n. 61), il nome può esser usato per esprimere il diritto (di un certo soggetto o di certi soggetti di fronte ad altri) di provocare o di ottenere dal giudice l'applicazione di certe sanzioni civili (azione–diritto).

Altre volte finalmente (anzi con maggiore frequenza) viene usato per esprimere la affermazione di una azione-diritto, senza o prima che si sappia, se è veramente fondata (azione–affermazione o azione–pretesa). Quest'ultimo significato non è a sua volta che un riflesso del precedente.

Questa polivalenza o questo polisenso di uno stesso nome tecnico giuridico, deriva da remoti influssi storici sul linguaggio; e bisogna acconciarvisi, anche perchè non abbiamo altri nomi o altri termini, altrettanto consacrati dall'uso, da sostituirvi nelle varie accezioni. E quanto poi ai due ultimi significati (azione–diritto e azione-affermazione o pretesa), la estensione o la trasposizione del nome o del termine dall'uno all'altro, non sarebbe mai eliminabile, perchè sta in relazione, come abbiamo avvertito, con una estensione o trasposizione (dall'una all'altra) delle discipline applicabili.

Assai di peggio purtroppo è avvenuto, in fatto di terminologia, nel campo degli studii dottrinali.

C'è stato infatti chi ha attribuito sempre allo stesso nome (azione), degli altri significati di nuovo conio, applicandolo ad esprimere altri momenti od altri aspetti del fenomeno della applicazione giudiziale delle sanzioni, più o meno esattamente rilevati, e di cui più o meno felicemente si è voluto fare il cardine di una costruzione teorica. Così, per esempio, si è detto che l'azione è un diritto verso lo Stato o verso il giudice ad un provvedimento qualsiasi sulla domanda, oppure ad un provvedimento giusto oppure

ad un provvedimento favorevole (se la domanda sia fondata) e così di seguito. Per fortuna però questi significati sono rimasti pressochè ignorati dalla pratica, anche perchè le costruzioni a cui si coordinano si sono poi rivelate o sostanzialmente fallaci o quanto meno di scarsa utilità per il compito della interpretazione della legge. Ai fini della nostra trattazione riteniamo di poterne prescindere.

Resta invece, come dicevamo, quel piccolo caos terminologico dei tre significati correnti nell'uso comune, ma, quando li si abbiano ben chiari in mente, l'inconveniente non è grave, perchè caso per caso si riesce sempre a ricavare dal contesto, in quale dei tre significati sia più specialmente usato il termine od il nome. E se qualche volta si debba concludere che è usato in modo ambiguo od anfibio, anche questo può esser innocuo, perchè non tutti i nostri discorsi e neanche i testi di legge hanno sempre bisogno di una precisione matematica. Talvolta l'uso anfibologico può consentire delle sintesi empiriche approssimative e magari grossolane, ma sbrigative e sufficienti a certi scopi, e non di rado suggestive o, come si dice, pregnanti. Ciò avviene, del resto, in tutto quanto il campo del linguaggio giuridico e non giuridico (a cominciare, per noi, dallo stesso nome di « diritto »); ed è in fondo la grande superiorità delle parole sul segno algebrico.

Come direttiva mentale, per intendere e non confondere, gioverà comunque tener sempre presente questa relazione tra l'azione intesa nei suoi varii significati:

che l'azione-attività (istanza, domanda) è il mezzo per far valere l'azione-affermazione o la azione-pretesa, col risultato che, se venga accolta, ne emergerà che sussisteva effettivamente (anche prima di quell'esercizio di attività) l'azione-diritto. Se venga respinta, ne emergerà viceversa una volta per sempre che l'azione-diritto non sussisteva e che l'affermazione o la pretesa erano infondate. In questo senso ed a questi effetti, l'attività (istanza, domanda) si può rappresentare come esercizio del diritto (affermato o preteso, che risulterà poi essere un diritto vero, se la domanda venga accolta), e si vedranno usate in proposito le

espressioni: proporre, promuovere, esercitare, esperire, sperimentare, far valere (con l'istanza) l'azione, o far valere (sempre con l'istanza o con la domanda) il diritto (attraverso l'azione) e altre simili: si vedano per esempio (e per attingere dai varii codici) l'art. 35 cod. proc. civ. (tante volte citato); gli artt. 22 e segg. cod. proc. pen.; 167 e segg. 178, 1301 cod. civ.; 868 e segg. cod. comm. e così di seguito.

Nel corso della trattazione, avverrà anche a noi di usare il termine « azione » or nell'uno or nell'altro significato (e non possiamo assicurare, che non ci sfugga qualche volta di usarla in senso anfibologico). Confidiamo ormai, che non succedano confusioni. Tutt'al più, quando ci punga il dubbio che possano succederne, avremo cura di qualificare l'azione-attività come azione in senso processuale (« istanza » o « domanda ») e l'azione-diritto nonchè l'azione-pretesa, come azione in senso sostanziale (rispettivamente: fondata o semplicemente pretesa).

E con questa avvertenza riprendiamo il cammino, tornando dalle parole alle cose.

64 L'AZIONE–DIRITTO (secondo i concetti generali di cui al § 3, n. 10 e segg.), non va concepita come un diritto soggettivo generico, atipico od amorfo, che sia sempre lo stesso (ed eguale a se stesso), qualunque sia la sanzione che si tratta di applicare. Tutto al contrario. A ciascun tipo o figura di sanzione (civile, di azione privata) prevista dalla legge, corrisponde una figura di azione altrettanto delinita e tipica, come diritto ben caratterizzato, di un certo determinato soggetto o di certi determinati soggetti, a provocarne l'applicazione a carico di certi altri. Tutte queste varie figure tipiche di azioni vengono bensì a costituire nel loro complesso una categoria giuridica, perchè tutte hanno quei caratteri comuni, che abbiamo già messo in luce. Ma questo non toglie che ciascuna figura abbia poi dei caratteri differenziali e che la categoria generale, possa esser suddistinta in categorie minori o classi (gruppi, generi o specie) in base a caratteri distintivi o suddistintivi.

Il modulo, la formula o lo schema di tutte le singole figure si costruisce con questi elementi :

identificazione (in base ai suoi caratteri classificatorii) del diritto soggettivo sostanziale o dell'interesse protetto (sia protetto direttamente che per riflesso), a tutela del quale l'azione è data ;

identificazione (in base ai suoi caratteri classificatorii) della violazione, della trasgressione o comunque di quello stato di fatto o di cose che viene a rappresentare uno stato di insoddisfazione o di imperfetta attuazione del diritto soggettivo o dell'interesse protetto, stato al quale si tende a porre riparo o rimedio, diretto ed indiretto (anche per via di compenso o di equipollenti), con la sanzione ;

identificazione (in base ai suoi caratteri classificatorii) dei provvedimenti di sanzione che possono essere chiesti e dati a quest'ultimo scopo e in relazione al verificarsi degli elementi precedenti ;

identificazione consequenziale dei soggetti che hanno «veste» (legittimazione) a chiedere ed ottenere i provvedimenti medesimi;

identificazione (in base ai suoi caratteri classificatorii) dei soggetti contro od in confronto dei quali possono esser chiesti ed ottenuti.

Questa elencazione degli elementi costruttivi della formula delle singole azioni si trova anche nella legge : basta vedere per esempio l'art. 1351 cod. civ. (di cui riparleremo in rapporto al giudicato nel successivo § 12).

Sotto un certo aspetto, può venire a far parte del modulo o dello schema, anche la determinazione della forma nella quale l'azione può essere esercitata (per esempio : in via di giudizio di cognizione, in via esecutiva ecc.).

I caratteri differenziali proprii delle singole figure e quelli in base ai quali possono distinguersi dei gruppi o delle classi (generi o specie) di azioni, dipendono precipuamente dalla varietà di tipo dei diritti o degli interessi protetti, nonchè delle possibili violazioni, trasgressioni ecc. ; e correlativamente dalla varietà delle possibili sanzioni.

65 La ricostruzione delle varie figure, può presentare talvolta delle difficoltà per lo stato della legislazione in questo campo che abbiamo prospettato più sopra ad altro proposito (§ 7 n. 45). Occorrerà a questo scopo, come dicevamo allora, un paziente lavoro di interpretazione.

Questa è una difficoltà di fatto (men grave del resto di quel che potrebbe parere a prima vista: v. sopra § cit., loc., cit.). Ma essa non toglie che questa opera di ricostruzione interpretativa sia assolutamente indispensabile. Senza di essa non risolveremo mai i problemi ai quali accennavamo in principio di questo paragrafo, di sapere per esempio a chi spetti di chiedere la applicazione delle singole sanzioni e contro chi ; finiremo col non sapere neanche a quali dei molti giudici dello Stato si debba chiedere quella applicazione (« autorità giudiziaria competente » secondo l'articolo 35 cod. proc. civ.); finiremo col non sapere fra quali parti spieghi i suoi effetti diretti la autorità di cosa giudicata, fra quali parti possano esser compiuti atti di disposizione dell'azione e così di seguito.

La ricostruzione delle figure delle azioni, è il tramite necessario e quasi la chiave della soluzione di tutti questi problemi.

Il compito di questa ricostruzione delle varie figure secondo quanto abbiamo già detto altra volta (n. 47, in fine) non spetta alla nostra trattazione di diritto processuale, bensì alle trattazioni di diritto sostanziale. Però è indispensabile anche per la nostra trattazione, avere per lo meno un'idea generale della configurazione delle varie azioni.

Ancora una volta pertanto sarà utile a questo scopo qualche esemplificazione. Però, dopo quello che abbiamo detto nei paragrafi precedenti a proposito delle varie sanzioni, crediamo di poter essere assai più sobrii, perchè chi abbia seguito fin qui la esposizione che siam venuti facendo, può proseguire anche da solo nella serie degli esempii.

Prendiamo l'art. 439 cod. civ. : « Il proprietario della « cosa ha diritto di rivendicarla presso qualsiasi posses- « sore ... ». Che cosa prospetta questa disposizione se non per l'appunto una figura di azione (« rivendica ») ? Che se la legge, per denominarla, usa l'espressione « diritto di

rivendicarla » in ciò non possiamo vedere se non una riprova, fra le tante, che anche la legge accoglie la concezione dell'azione come diritto. Ciò premesso, vediamo come la disposizione, in poche parole, ci fornisce tutti gli elementi costruttivi e i caratteri differenziali proprii della figura particolare qui considerata. Si tratta di una azione, che sorge evidentemente dal diritto (soggettivo, sostanziale, preesistente) di proprietà sopra una data cosa. Il fatto o lo stato di fatto da cui sorge l'azione, è che la cosa sia venuta in possesso di altri (il che evidentemente rappresenta uno stato di insoddisfazione o di trasgressione del diritto di proprietà). L'azione tende precipuamente al recupero del possesso della cosa, attraverso gli opportuni provvedimenti di sanzione del giudice (al quale effetto l'art. 439 va coordinato con gli artt. 741 e segg. cod. proc. civ.; v. sopra § 9, n. 59). L'azione (diritto di rivendicare) spetta al proprietario (soggetto attivamente legittimato) contro il possessore (soggetto passivamente legittimato). La figura (schema) dell'azione è così completa in tutti i suoi elementi.

Similmente potremo ricostruire, per esempio, sulla scorta degli artt. 694 e 695, le azioni di reintegrazione e di manutenzione nel possesso.

Passando ad altro campo, prendiamo l'art.1165 capov. cod. civ. Qui vediamo, come due distinte azioni possano nascere a seguito dell'inadempimento di obbligazioni contrattuali (nel qual caso il diritto tutelato è il credito, in senso lato, nascente dal contratto ; e il fatto di trasgressione o violazione, da cui le azioni sorgono, sta precisamente nel mancato adempimento dell'altra parte). La disposizione ci dice quali provvedimenti di sanzione possano esser chiesti (coazione all'adempimento, che sarà rappresentata dalla condanna e dall'esecuzione sui beni o risoluzione del contratto per mezzo di un provvedimento costitutivo). Ci dice ancora la stessa disposizione, da chi possano esser chiesti (soggetto attivamente legittimato : parte adempiente al contratto) e contro chi (soggetto passivamente legittimato : parte inadempiente al contratto).

Qui abbiamo presi degli esempi in cui la legge stessa ci conduce quasi per mano nella ricostruzione dello schema. In altri casi la legge presenta più gravi lacune. Così, per esempio, quando sia trasgredito o violato non già un diritto di proprietà, ma un diritto di servitù prediale, la legge non ci dice quali provvedimenti possano esser chiesti e da chi. Qui comincierà l'opera più delicata dell'interprete. E così nell'esempio della servitù, sarà opera di interpretazione ricostruire la figura dell'azione confessoria a favore del proprietario del fondo dominante, a carico del proprietario del fondo servente. E così di seguito, per tutti i diritti soggettivi e per tutti gli interessi protetti, in relazione a tutte le trasgressioni o le offese che possano subire, e in relazione a tutte le sanzioni che possano servire a portarvi rimedio o risarcimento.

66 Le classificazioni delle varie possibili figure tipiche di azioni, per cui queste possono distinguersi e raggrupparsi per generi o per specie, possono farsi secondo varii criterii discretivi, guardando ai varii elementi dello schema o della formula. Così, per esempio, potremo raggruppare le azioni che nascono da violazioni o trasgressioni di diritti reali e le chiameremo azioni reali ; quelle che nascono da spoglio o da molestie possessorie e le chiameremo azioni possessorie ; quelle che nascono dalla trasgressione di diritti di stato delle persone e le chiameremo azioni di stato; quelle che nascono in genere dalla trasgressione di diritti o interessi protetti, che non rientrino nelle classi o nei gruppi precedenti, e potremo chiamarle genericamente azioni personali.

Secondo un altro criterio di classificazione, potremo raggruppare e distinguere le azioni, secondo la natura del provvedimento a cui danno luogo ; e allora potremo distinguere per esempio azioni che tendono ad un semplice accertamento ; azioni che tendono, almeno precipuamente, a provvedimenti costitutivi ; azioni che tendono direttamente alla esecuzione forzata (azioni esecutive) ; azioni che tendono in primo tempo alla condanna, salvo farvi seguire in secondo tempo l'esecuzione forzata.

Queste sono classificazioni, che più o meno trovano men-

zione nella legge ad effetti pratici (dal che appunto si vede come sia indipensabile rendersene conto). Basterà prendere ad esempio gli artt. 70 e segg. (e disposizioni sostitutive e complementari), 90 e segg., 553 e segg. del cod. proc. civ., dei quali dovremo occuparci lungamente nella parte speciale. Anche altre classificazioni, del resto, potrebbero farsi, che per il momento non hanno qui particolare interesse.

67 LE FIGURE o le formule delle azioni, di cui abbiamo parlato, secondo le considerazioni che abbiamo esposte a suo tempo in ordine ai diritti soggettivi in generale (§ 3, nn. 10 e segg.) potrebbero considerarsi come i conii o le matrici delle azioni concrete, che possono sorgere in atto, nella realtà pratica.

Sono conii che, secondo l'immagine usata fin da allora, lasciano talvolta largo spazio al cesello individuale, ma restano pur sempre conii dai quali non si può prescindere. E per la relazione che abbiamo già rilevata tra azione–diritto e azione–affermazione o pretesa (posizione o proposizione di una azione, che non si sa ancora se sia sussistente o fondata), questi conii o matrici legali spiegano i loro effetti fin dal momento della affermazione o della proposizione dell'azione

Chiunque voglia affermare, infatti, di avere una azione e voglia proporla, bisogna che le dia fino da questo momento una effigie ammessa dalla legge; o (per seguire sempre l'immagine) bisogna che la conii sopra una determinata matrice, affermando che esistono tutti gli estremi voluti dalla figura tipica del conio.

Lo si vede chiaro, considerando quello che può avvenire davanti al giudice.

Se al giudice si proponga una azione corrispondente ad una figura legale, il giudice bisogna che se ne occupi, per decidere se l'azione affermata o pretesa è fondata o meno (in merito). Ma se al giudice si proponga una pretesa azione, configurata in modo del tutto arbitrario e di fantasia, senza alcun rapporto con le figure o coi conii legali, oppure se lo stesso soggetto che agisce, non cominci con l'affermare, davanti al giudice, che sussistono tutti gli estremi voluti dalla configurazione legale, il giudice dovrà rigettare senz'altro

la domanda, senza bisogno di altre indagini, sol perchè la domanda così e come prospettata, risulta già di per sè improponibile od inammissibile e cioè in altri termini giuridicamente impossibile (non suscettibile neppure di esser presa in considerazione per il merito).

Così, il giudice dovrà rigettare senz'altro la domanda come improponibile, se l'attore, negli esempii o nei casi più sopra considerati, invece di chiedere i provvedimenti diretti al ricupero del possesso, alla risoluzione del contratto, alla esecuzione forzata ecc., chieda, per esempio, la irrogazione di una pena (sia pure pecuniaria, a proprio favore). Similmente, il giudice, per esempio, dovrà dichiarare improponibile la domanda, se una pretesa revindica sia proposta da chi non si affermi proprietario della cosa o non sia proposta contro chi si affermi possederla; se una azione di manutenzione in possesso sia proposta da chi non si affermi possessore legittimo o non sia proposta contro l'autore della molestia; se la domanda di risoluzione del contratto o di condanna all'esecuzione non sia proposta da chi si affermi contraente (adempiente) contro chi si affermi essere l'altro contraente (inadempiente). E così di seguito.

Per la stessa ragione le figure legali delle azioni (applicate alla proposizione od all'affermazione, prima che si sappia se questa è fondata o meno) sono prese per base dalla legge, anche all'effetto di determinare quali siano i giudici «competenti» a conoscerne. La competenza si determina infatti secondo che le azioni (così e come affermate e proposte) appaiano reali, possessorie, personali ecc. (v. le disposizioni del cod. proc. civ. citate più sopra).

Alla concezione delle azioni come diritti tipici, o rispettivamente come affermazioni o proposizioni di diritti tipici, si connette finalmente anche la concezione delle eccezioni (in senso stretto).

68 ECCEZIONE in senso processuale e generalissimo, si suol chiamare qualsiasi motivo di rigetto, che venga sollevato contro una qualsiasi domanda giudizialmente proposta (nel qual senso l'eccepire è una attività processuale opposta

o contrapposta all'agire, inteso a sua volta come attività processuale). E questo, nel momento attuale della nostra trattazione, non ci interessa.

In senso più proprio però, c'è un concetto di eccezione, che si coordina al concetto di azione–diritto e a quello di azione–affermazione o pretesa.

Abbiamo visto, in linea generale, come sorge l'azione–diritto. Ora vi possono essere delle circostanze che viziano in radice il sorgere dell'azione ; altre ve ne possono essere che producono l'estinzione dell'azione dopo che sia già sorta o ne impediscono l'esercizio. Or, come è in facoltà del soggetto o dei soggetti attivamente legittimati, « far valere » l'azione (proporla, esercitarla ecc.), similmente è in facoltà del soggetto o dei soggetti passivamente legittimati, « far valere» queste circostanze come cause o cagioni ostative, impeditive od estintive dell'azione. Anche questa facoltà, in quanto sia rimessa ai soggetti passivamente legittimati, può considerarsi come un loro diritto o contro-diritto. Anche qui però, è soltanto dal giudice, che si saprà se un contro–diritto affermato, proposto o « fatto valere » dai soggetti passivamente legittimati, abbia fondamento. Prima di questo momento, possiamo avere soltanto la affermazione di una eccezione da parte loro (di cui non si sa ancora se sia fondata).

E qui bisognerebbe suddistinguere ancora, Ci sono dei casi in cui il giudice non può prendere in considerazione circostanze impeditive od estintive (neanche se gli risultino dagli atti), se non in quanto i soggetti passivamente legittimati, ne abbiano fatta istanza. In questo caso possiamo dire, che siamo di fronte ad eccezioni in senso proprio e ristrettissimo.

In altri casi il giudice può prendere in considerazione quelle circostanze quando risultino dagli atti, anche se non vi sia istanza dei soggetti passivamente legittimati. Normalmente però non gli risulteranno, se costoro non si curano di farle risultare. Quindi nei casi precedentemente accennati il «far valere » l'eccezione (in senso ristrettissimo) è veramente un diritto della parte, che essa sola può esercitare con una propria istanza; in questi altri casi invece (di

eccezione in senso proprio, ma più lato) non si può dire altrettanto. Però si può ben dire, che anche in questi casi una attività dei soggetti passivamente legittimati è praticamente utile, anzi normalmente necessaria di fatto, affinchè il giudice sia posto in grado di avvedersi dell'eccezione ed abbia gli elementi necessarii per accoglierla. Ed anche in questi casi è una loro facoltà (e quindi in senso più lato un loro diritto) spiegare questa attività.

Chiariamo, al solito, con qualche esempio anche questo meccanismo delle eccezioni.

Un tale pretendendosi proprietario di una cosa, agisce in revindica contro il possessore (art. 439 cod. civ). Se questo ultimo abbia acquistata la cosa nelle condizioni previste dall'art. 709 cod. civ. (o 57 cod. comm.) può « eccepire », che non è tenuto a restituirla (e a questi casi appunto allude la salvezza contenuta nell'art. 439). Ma egli solo può in questo modo paralizzare l'azione (eccependo). Se egli taccia e non eccepisca, il giudice potrà (e, concorrendo gli altri estremi richiesti, dovrà) considerare l'azione come fondata; mentre viceversa, se egli eccepisce e dimostra fondata l'eccezione, il giudice dovrà respingere la domanda. Un tale agisce per far condannare un altro all'esecuzione di un contratto. Ma il contratto era annullabile. Se il convenuto taccia, il giudice potrà (ed eventualmente dovrà) accogliere la domanda. Ma se egli eccepisca la nullità (art. 1302 cod. civ.) e dimostri fondata l'eccezione, il giudice dovrà dichiarare nullo il contratto, e rigettare la domanda. Similmente avverrà quando l'azione sia proposta, dopo che si era compiuta la prescrizione. Secondo che l'altra parte eccepisca o non eccepisca la prescrizione (art. 2109 cod. civ.), il giudice potrà o dovrà accogliere o respingere la domanda.

Questi sono esempii di eccezioni in senso proprio e ristrettissimo.

Supponiamo, adesso, che qualcuno chieda la condanna di un altro al pagamento di un debito, e che quest'ultimo abbia già pagato. Se al giudice risulti dell'avvenuto pagamento, dovrà rigettare la domanda. Ma, di regola, chi agisce si guarderà bene dal farlo risultare. Bisognerà che sia il con-

venuto a dargliene la dimostrazione. E allora, anche se la istanza del debitore non sia indispensabile, resterà vero in linea di fatto, che dipende da lui che la domanda sia accolta o rigettata (art. 1312 cod. civ.). Qui non siamo più nel campo delle eccezioni in senso ristrettissimo, ma la attività o la iniziativa da parte del debitore può tuttavia avere una evidente importanza.

È chiaro da questi esempii, che anche la nascita della eccezione, come contro-diritto o come contro-affermazione ad una affermazione di azione (altrui), in realtà precede il giudizio. Ed infatti vedremo che può esser oggetto di atti di disposizione anche fuori e prima del giudizio medesimo, come avviene per la azione.

Anche le eccezioni hanno dalla legge delle proprie figure o dei proprii conii legali (basterebbero gli esempi ricordati a dimostrarlo). Ed anche in questo, c'è nella legge un parallelismo evidente col sistema, coi metodi e col regime delle discipline dell'azione.

Dalla nozione delle azioni e delle eccezioni prende consistenza finalmente (e con questo chiuderemo il paragrafo) anche il concetto di lite o controversia.

« LITE », litigio, controversia fra più soggetti (parti),
69 si ha quando alcuno affermi di avere azione contro altri e questi contesti, neghi o contro-affermi allegando delle eccezioni. Se quest'ultimo si limiti invece ad una resistenza meramente passiva e silenziosa, può sorgere bensì la necessità o l'interesse di esercitare l'azione contro di lui, ma non si può dire che ci sia sostanzialmente una lite, in atto fra di loro. Tutt'al più si potrà dire, che ci può essere una lite ancora in potenza e che potrà rivelarsi nel seguito.

La lite o la controversia, in quanto portata davanti ai giudici, prende anche il nome di «causa».

Nell'uso comune, e anche nel linguaggio legislativo, troviamo usati non di rado questi concetti e questa terminologia (es. artt. 1547, 1764, 1363 ecc. cod. civ. 1, 8, 75 e segg. 100, 104 ecc. cod. proc. civ.), e in relazione a questa va posta anche la concezione e la terminologia del «decidere (o risol-

vere) la lite o la causa» (come compito del giudice). Così si allude all'« esito » della « causa », rispetto alle domande e alle eccezioni, qualificando rispettivamente « vittoriose » o « soccombenti » le parti (es. artt. 370 e segg. cod. proc. civ.; art. 1307 cod. civ.).

I singoli punti controversi fra le parti, in ordine agli elementi dell'azione o delle eccezioni proposte, prendon nome di « questioni » (es. artt. 257 e 262 reg. gen. giud.).

Tutti questi, però, non sono che modi di rappresentare utilmente varii momenti del fenomeno dell'azione, dell'istanza giudiziale, delle eccezioni e delle funzioni delle parti e del giudice, e non introducono nulla di sostanzialmente diverso, rispetto a quello che siamo venuti dicendo più sopra su questi varii temi, o che diremo più avanti in proposito parlando dei procedimenti.

§ 11. — *Vita e vicende delle azioni civili.*

LA NASCITA e la vita delle singole azioni, in concreto,
70 corrisponde a quella, che abbiamo detto più a dietro (§ 3 n. 11) esser la vita dei diritti soggettivi tipici in generale.

I moduli, le formule, gli schemi delle varie possibili figure di azione — per proseguire il parallelo di allora — non sono che dei conii vuoti, in astratto. Una singola azione in concreto ed in atto, con una propria causa individuale ed individuata, un proprio oggetto e dei proprii soggetti attivi e passivi (parti) altrettanto individuati, potrà dirsi nata nella realtà, quando si siano effettivamente verificati nella vita pratica, e cioè nella loro materialità empirica, dei dati o dei fatti tali che, secondo il suo modulo, siano necessarii e sufficienti per darle origine. Sappiamo, per esempio, quale è la formula o il modulo dell'azione di revindica, in astratto (n. 65). Ma affinchè una certa azione di revindica si possa dire che è nata in atto ed in concreto, bisognerà che effettivamente nella vita pratica sia successo, che una certa determinata cosa, che appartiene effettivamente in proprietà ad un certo determinato Tizio, sia venuta in effettivo pos-

sesso di un certo altro Caio, in carne ed ossa. Solo così nasce in concreto una azione di quel dato Tizio, contro quel dato Caio, per il ricupero di quella tale determinata cosa.

Di solito l'azione sorge, come sappiamo, a seguito della violazione (o di uno stato di insoddisfazione) di un diritto soggettivo preesistente (sottostante) o di un interesse direttamente protetto. In tal caso la nascita è segnata nel tempo dal momento stesso in cui si verifica questo fatto o questo stato di fatto.

Talvolta però, come sappiamo (sopra § 3 n. 15), l'azione può sorgere anche dalla trasgressione di norme giuridiche, che non danno vita a veri e propri diritti soggettivi preesistenti all'azione, e ciò avviene quando una disposizione espressa (che qui è indispensabile), conceda a qualche interessato di riflesso o per riflesso, di chiedere al giudice dei provvedimenti, contro quella violazione. In questo caso l'azione nasce al momento della violazione della norma, semprechè però vi siano già in quel momento dei soggetti, i cui interessi siano presi in considerazione dalla legge all'effetto di reagire contro la violazione. Se non ve ne siano, l'azione non può più nascere o tutt'al più (e anche questo dipenderà dalle disposizioni della legge) nascerà solo più tardi, se vengano a sorgere in qualche soggetto degli interessi presi in considerazione dalla legge a quell'effetto.

Se tutto questo vale per la nascita dell'azione, logicamente ne consegue che chiunque intenda affermare o proporre una propria azione in concreto, deve cominciare con l'affermare, che si sono effettivamente verificati, in concreto, tutti quegli estremi dai quali dipende appunto la sua nascita (v. più sopra anche il n. 67).

Ma anche per le azioni, la nascita non è che il momento iniziale della vita. L'azione nata, può subire poi successivamente diverse vicende, fino a che giunga alla sua estinzione.

Una vicenda, che è od appare propria e caratteristica dell'azione, in modo peculiare e specifico, è rappresentata dal suo esercizio in giudizio (n. 63). Ma ci possono essere anche altre vicende di trasformazione, di modificazione o di estinzione, che si presentano con gli stessi caratteri di quelle che

si possono verificare rispetto agli altri diritti soggettivi di carattere sostanziale, e sono in gran parte soggette alle stesse discipline. Queste si connettono soprattutto ai fenomeni di disposizione e di successione. Anche di tutte queste possibili vicende bisognerà pur dirne sobriamente qualche cosa.

L'ESERCIZIO di una azione (affermata o pretesa), quando
71 sia condotto fino in fondo e cioè fino all'esito finale, o porterà a constatare che l'azione era infondata oppure porterà alla sua estinzione per soddisfazione (n. 63 cit.).

Nel primo caso non possiamo dire propriamente, che qui vi sia una vicenda relativa all'azione come diritto, perchè in conclusione si viene a stabilire che il diritto non c'era.

Vi si può scorgere per altro una vicenda di decisiva importanza relativamente alla affermazione o alla pretesa, perchè il giudicato negativo impedirà che una sua successiva riproposizione possa avere successo. Di ciò riparleremo nel paragrafo finale di questo capitolo, dedicato per l'appunto al giudicato.

Nel caso in cui l'azione venga ritenuta fondata e sia accolta e integralmente soddisfatta, evidentemente viene a risultare, che il diritto (cioè l'azione come diritto) c'era. Ma è altrettanto evidente, che quando abbia pienamente conseguito, attraverso il suo esercizio, il risultato a cui tendeva (applicazione della sanzione), essa non può più continuare a persistere, come non più persistere un credito dopo che sia stato pagato. Il parallelismo fra i due casi non è perfettissimo, ma è suggestivo. Di questa ipotesi parleremo dunque a proposito di estinzione.

A questo punto del nostro discorso, c'è piuttosto qualche altro momento intermedio dell'esercizio dell'azione, che merita di esser considerato.

Tra il momento iniziale della domanda e quello dell'esito finale, c'è di mezzo infatti tutto il giudizio o il procedimento.

Ora il fatto che il procedimento sia iniziato e non esaurito, modifica, nel frattempo, il regime o lo stato dell'azione. Questa non può essere trattata alla stessa stregua di una

azione a caso vergine. Basterà osservare che, finchè il procedimento sia aperto, l'azione potrà essere proseguita in quella sede, ma non potrà esser fatta valere da capo e tanto meno davanti ad un altro giudice. E, nel corso ulteriore come nel risultato finale, dovrà subire la ripercussione degli atti già compiuti o dei provvedimenti (non ancora definitivi) già dati, nel frattempo, dal giudice.

Se, pendente il procedimento, si apra la successione a titolo universale di una delle parti, l'azione potrà essere proseguita dai successori o contro i successori, ma subendo anche in questo caso gli effetti o la ripercussione degli atti compiuti e dei provvedimenti dati. Se pendente il procedimento, l'azione venga ceduta ad altri o se venga accollata ad altri la posizione del soggetto passivo, si potrà avere un fenomeno anche più caratteristico, e cioè che il procedimento e quindi l'esercizio dell'azione prosegua tra le parti originarie, ma con effetto anche per il cessionario o l'accollatario o contro di lui (v. più oltre il n. 75).

Se la sussistenza dell'azione sia stata riconosciuta con un provvedimento di condanna, ma non abbia avuto luogo la esecuzione, o questa non sia stata fruttuosa, il provvedimento potrà essere invocato e rispettivamente dovrà esser subito nel seguito, e per ogni ulteriore tentativo di esecuzione, dalle parti originarie e dai loro successori e aventi causa, in qualunque momento si apra l'ulteriore fase esecutiva.

Da questo punto di vista possiamo dire dunque, che l'esercizio, prima di portare alla definitiva eliminazione, comincia con l'operare delle modificazioni nello stato e nelle condizioni dell'azione, ancor viva.

72 DISPOSIZIONI o atti di disposizione dell'azione possono aver luogo fra le parti (cioè fra i soggetti attivamente e passivamente legittimati) oppure ad opera di una o qualcuna delle parti verso terze persone. Queste ultime vicende troveranno più opportuna menzione a proposito dei fenomeni di successione (n. 74).

Fermandoci per ora alle vicende possibili fra le parti,

sappiamo già che è in facoltà dei soggetti attivamente legittimati di esercitare o non esercitare l'azione. In un certo senso, esercitarla o non esercitarla è già di per sè espressione di una disposizione.

Però l'esercizio si concreta in una invocazione rivolta al giudice (istanza), piuttosto che in una manifestazione di volontà diretta all'altra parte, e che abbia efficacia come tale. Quanto poi al fatto di non esercitare l'azione, non può dirsi che abbia, di per sè, vero e proprio carattere di atto di volontà, perchè può anche dipendere da inerzia, da ignoranza, da tolleranza ecc. e, finchè dura, lascia semplicemente le cose come stanno, ma non produce effetti di carattere definitivo sulle sorti dell'azione per l'avvenire.

Fuor di queste ipotesi, vi possono essere (e la legge normalmente li ammette) dei veri e proprii atti di volontà dispositiva, con tutti i caratteri del negozio giuridico.

Tale può essere — ed è caso tipico — la rinuncia della parte all'azione o rispettivamente ad una eccezione.

La rinuncia può essere semplice od unilaterale oppure negoziata in cambio di un compenso, di una contro-prestazione o di un altro atto dispositivo dell'altra parte, e quindi inserito in un accordo bilaterale. Essa (rinuncia) si ritiene normalmente ammessa per tutte le azioni e per tutte le eccezioni in senso proprio, se non vi siano disposizioni in contrario o se l'azione non si connetta a materie di cui la legge escluda la negoziazione, anche nel campo dei diritti sostanziali.

La efficacia del negozio si spiega nel senso, che l'azione o l'eccezione rinunciata si estingue e non può più essere efficacemente proposta. Se sia proposta, il giudice (davanti al quale sia invocata la relativa rinuncia) deve rigettarla — tanto se si tratti di azione come se si tratti di eccezione — appunto perchè estinta.

I requisiti della efficacia e della validità del negozio sono del resto gli stessi dei negozii di rinuncia ad altri diritti soggettivi (sostanziali); e le discipline di questi si estendono anche a quello.

Una indubbia negoziazione dell'azione (e correlativa-

mente anche delle eccezioni) implica il contratto di transazione (art. 1764 cod. civ.), soggetto a sua volta alle discipline proprie dei contratti di diritto sostanziale. Ed anche questo produce la estinzione dell'azione (arg. dell'art. 1771 cod. civ.).

Questi atti, i quali feriscono così radicalmente l'azione o l'eccezione, naturalmente reagiscono anche sulla sussistenza e sul modo di essere dei diritti soggettivi sostanziali (sottostanti) dai quali l'azione nasce ed a garanzia dei quali dovrebbe funzionare. C'è una solidarietà reciproca fra il diritto e l'azione, perchè la estinzione del diritto porta alla estinzione anche delle eventuali azioni per farlo valere e inversamente la rinuncia all'azione toglie al diritto la possibilità di farlo valere, e quindi per lo meno lo svaluta o lo mutila. Le due cose però non si possono confondere. Così, per esempio, si ritiene che nel nostro diritto non si possa rinunciare di regola alla proprietà (in senso proprio); si può cederla, ma non rinunciarvi. Certamente invece si può rinunciare alla revindica verso un determinato possessore. Si può rimettere un debito (e in questo caso si estingue l'azione per farlo valere, perchè viene meno il suo fondamento). Ma si può anche rinunciare alla azione per farlo valere, senza rimettere il debito. Le conseguenze non sono identiche, perchè in questo secondo caso sopravvive una obbligazione naturale.

Altri atti di disposizione possono aver luogo fra le parti (ed hanno sempre carattere di negozio giuridico), in ordine al modo e al tempo dell'esercizio dell'azione.

Così, per esempio, una parte a cui sia dato di scegliere fra più azioni proponibili (caso dell'art. 1165, dell'art. 1501 ecc.), può fare la sua scelta, anche con un atto di volontà stragiudiziale. Può precludersi con un atto di volontà un certo modo di esercizio (per esempio di prendere la via dell'azione esecutiva diretta, anzichè la via dell'azione per la condanna). Può precludersi di agire prima di un certo termine o prima che si sia verificata una certa condizione. Potendo agire contro più persone, può precludersi di agire contro una, se prima non abbia agito contro altre. E così di seguito.

Anche questi ed altri simili negozii, non hanno soltanto effetto obbligatorio, ma addirittura effetti costitutivi, perchè se qualcuno, per esempio, si sia impegnato a non agire in un determinato modo o a non agire se non in certi termini e a certe condizioni, e poi agisca, trasgredendo l'impegno, il giudice dovrà respingere l'azione e non già lasciar corso all'azione, salvo condannarlo ai dann per il suo inadempimento.

Alla categoria dei negozii giuridici relativi alle modalità di esercizio dell'azione, vanno ascritti, secondo noi, anche quei negozi relativi alle modalità procedurali del suo esercizio, quando la legge li ammette. Tali sono il compromesso in arbitri e la clausola compromissoria, il patto di adire piuttosto un giudice che un altro (quando la legge consenta la scelta), il patto di non chiedere la esecuzione provvisoria delle eventuali sentenze ecc.

E andiamo anche più in là. Secondo noi, vanno ascritti infatti agli atti dispositivi relativi all'esercizio dell'azione, certi atti coi quali si precostituiscono delle prove o si preclude viceversa l'uso di certe altre (ad esempio confessione stragiudiziale, di cui agli artt. 1357, 1358 cod. civ.), del che ci renderemo conto più ampiamente nel capitolo terzo e nella parte speciale della nostra trattazione.

Nè va dimenticato, che può implicare una disposizione in ordine all'azione la costituzione di diritti di prelazione con carattere reale (v. sopra § 9 n. 58).

Da tutto questo regime di disponibilità dell'azione e delle sue modalità e dal regime dei negozii con cui se ne dispone, risulta sempre meglio chiarito e confermato, come la legge consideri l'azione sotto specie di un diritto della parte (e consideri in fondo come un contro-diritto qualunque eccezione in senso stretto).

Però bisogna avvertire anche qui, come gli atti di disposizione dell'azione (o dell'eccezione) possano avvenire anche prima o senza che si sappia in definitiva, se l'azione come diritto effettivamente sussista. Essi hanno luogo di solito in relazione alla semplice affermazione dell'azione, con effetto per il diritto, se ed in quanto sussista. Il che è comune, del resto, al regime degli altri diritti soggettivi.

Sarebbe strano ed incongruo, che la legge, per dare effetto, per esempio, alla rinuncia ad una azione, pretendesse che l'azione venisse innanzitutto esercitata (per sapere se c'è e cioè se è fondata). La rinuncia potrà benissimo aver luogo anche prima, da parte di chi pretende od afferma di avere azione, con che resterà comunque preclusa per lui la possibilità di proporre e perseguire comunque l'istanza; e il giudice, al quale essa venga proposta, dovrà rigettarla (per effetto della rinuncia), senza neanche poter scendere a vedere se era fondata. Similmente nel campo del diritto sostanziale il creditore può rimettere ad altri un debito, anche se il debito sia contestato e sia dubbio se sussista. Ciò significa che il credito, in quanto ci fosse, rimane estinto, e quindi egli creditore non potrà più vantarlo o farlo valere in nessun caso. Paral elismo imperfetto forse, ma significativo.

E veniamo ad un altro possibile ordine di vicende delle azioni, e cioè ai fenomeni di successione.

73 La SUCCESSIONE nelle azioni può avvenire a titolo universale e a titolo particolare, dal lato attivo e anche (ma solo con molte limitazioni) dal lato passivo, a causa di morte o per atti tra vivi. Non tutte le azioni sono suscettibili di successione. Però la successibilità è la regola, e subisce solo qualche (rara) eccezione (esempii negli artt. 189 e 190 cod. civ.; esempio di successione limitata a certi termini e condizioni, nel caso dell'art. 178). Certe azioni sono suscettibili di successione solo in determinati modi e non in altri (per esempio solo per effetto di successione a titolo universale e non a titolo particolare).

Anche qui non spetta alla nostra trattazione lo studio particolareggiato del regime delle varie azioni, che va riservato alle trattazioni di diritto sostanziale. Ma, al solito, è indispensabile che diamo un'idea generale o generica del fenomeno (con la solita esemplificazione di azioni, per cui possa verificarsi).

E cominciamo dalla successione a titolo universale.

Muore, supponiamo, un creditore insoddisfatto, e che per conseguenza avrebbe potuto provocare a carico del

debitore le relative sanzioni specifiche (condanna, esecuzione forzata). Indubbiamente l'erede potrà esercitare a questo titolo quella azione, che il defunto non aveva ancora esercitata.

Non sarebbe esatto pensare, che l'erede succeda soltanto nel credito, e che l'azione potrà esercitarla a caso vergine (in quanto è divenuto creditore e non già in quanto sia succeduto anche nell'azione, come diritto distinto dal credito). Infatti, come abbiamo già avvertito, se il defunto aveva posti in essere degli atti di esercizio processuale dell'azione (proposizione della istanza) davanti al giudice, l'erede non dovrà e non potrà ricominciare da capo, ma potrà soltanto proseguire gli atti del defunto nello stato e nei termini in cui si trovavano (sopra, n. 71). Se il defunto aveva posto in essere degli atti di disposizione in ordine alla azione od ai mezzi ed ai modi del suo esercizio, tutti questi atti o fatti spiegheranno i loro effetti per l'erede. La prescrizione della azione continuerà a correre contro l'erede.

Tutto questo è facilmente comprensibile, dopo quanto siamo venuti dicendo. Ma, sempre sullo stesso piano, ci preme di mettere in luce, che anche i fenomeni di successione non hanno conseguenze ed effetti soltanto per le azioni effettivamente sussistenti e fondate, ma anche rispetto alla situazione di azioni semplicemente affermate o pretese.

Potrà avvenire, per esempio, che una azione proposta o proseguita dall'erede, derivandone il preteso fondamento da ragioni del defunto, venga respinta. L'insuccesso viene a rivelare, che una azione (fondata), in cui succedere, non c'era. Eppure, anche in questo caso, gli atti che fossero stati compiuti dal defunto per l'esercizio dell'azione, i relativi atti di disposizione, precostituzione di prove ecc., avranno effetto per l'erede, come se questo si trovasse precisamente al posto del defunto.

Un fenomeno perfettamente analogo si avrà per i soggetti passivi dell'azione. Muore per esempio il debitore o preteso debitore. Il creditore potrà proporre l'azione contro gli eredi o proseguirne contro di loro l'esercizio, come avrebbe potuto proporla o proseguirne l'esercizio contro il defunto. E gli

atti compiuti dal defunto conserveranno la loro efficacia e i loro effetti, contro od a favore degli eredi. Ciò, anche se in definitiva l'azione venga poi respinta e quindi venga a risultarne, che non sussisteva il credito o non sussisteva la relativa azione, come azione veramente fondata.

Bisognerà dunque concluderne, che si succede attivamente e passivamente anche in un diritto... che non c'è? Questa sembra una contraddizione in termini. E allora, in che cosa si succede?

La risposta più esauriente, dovrebbe essere data anche qui dagli studii di diritto sostanziale. In massima crediamo tuttavia di poter dire, che non è esatto concepire la successione unicamente come un trapasso materiale di beni, di obblighi, di diritti (effettivamente sussistenti) da una persona ad un'altra. La essenza della successione sta invece nel fatto, che una persona subentra ad un'altra nella posizione o nella situazione giuridica, che questa aveva di fronte agli altri soggetti di diritto. Si subentra così non solo nella posizione relativa a diritti, obbligazioni, soggezioni ecc. effettivamente sussistenti, ma si subentra anche nella posizione relativa a stati di fatto giuridicamente qualificati (come è per esempio il possesso) ed a semplici facoltà o possibilità giuridiche, di cui non sia certo il fondamento o di cui non sia dato prevedere l'esito. E si subentra, così, anche negli effetti di disposizioni, atti o fatti, che, qualunque sia per esserne l'esito finale, determinano intanto delle condizioni, dei limiti o delle modalità di esercizio di quelle facoltà. A questi fenomeni va ascritta anche la successione nella azione, dal lato attivo e dal lato passivo, quando ancora non si sa, se la azione stessa sia o non sia fondata.

In relazione a questi concetti, ci si deve spiegare anche il fenomeno della successione di più persone ad una sola.

Se più sono gli eredi, normalmente avverrà che le azioni (pretese) proponibili dal defunto o contro il defunto, potranno essere esercitate o proseguite da ciascun erede o contro di lui, limitandone, rispetto a ciascuno, l'oggetto e i risultati alla quota ereditaria. Ma la situazione o la posizione del defunto rispetto all'azione, varrà egualmente per

ciascun erede o contro di ciascuno, per quanto concerne le condizioni e le modalità di esercizio della azione Questo regime normale (di divisione, per così dire, dell'azione fra gli eredi) deriva da un riflesso o da una estensione alle azioni, della regola ben nota, per cui debiti e crediti del defunto, di fronte ai terzi, si dividono di diritto fra gli eredi. Esso può tuttavia riuscire modificato, quando entrino in campo, per riflesso, quelle discipline sulla indivisibilità, che si studiano o si dovrebbero studiare negli insegnamenti di diritto sostanziale. Di qui potrà derivare in qualche caso, che l'azione possa esser esercitata da o contro ciascuno degli eredi per la totalità oppure solo da qualcuno o contro qualcuno o da tutti o contro tutti quanti insieme. Ma esorbiterebbe evidentemente dai limiti della nostra trattazione addentrarci nel campo della relativa casistica.

74 A TITOLO PARTICOLARE può aversi successione nell'azione, almeno dal lato attivo, sia a causa di morte, che per atti fra vivi.

Anche qui si manifesta, però, quella solidarietà reciproca fra diritto sostanziale sottostante ed azione, che abbiamo già costantemente rilevata.

Ogni atto di trasferimento o di devoluzione ad altri di singoli diritti o pretesi diritti, determina la successione anche nelle relative azioni, date a loro tutela o garanzia. Ed anche in questo caso, l'acquirente o il legatario del diritto (« avente causa ») viene a trovarsi, di regola, collocato rispetto all'esercizio dell'azione (fondata o non fondata che sia), nella stessa posizione giuridica del suo alienante o del testatore (« dante causa »), salve alcune deviazioni di cui faremo cenno più oltre.

Non crediamo, che si possa trasferire un vero e preteso diritto, senza trasferire anche la relativa azione o viceversa, perchè non è concepibile, in definitiva, che un soggetto abbia per sè il diritto e un altro abbia per sè la relativa garanzia. Nelle successioni a titolo particolare, si manifesta in altri termini una specie di inscindibilità delle sorti del diritto (vero o preteso) dalle sorti della azione. Diritto e azio-

ne non si confondono, ma restano collegati dalla stessa finalità caratteristica dell'azione rispetto al diritto.

Due osservazioni però bisogna aggiungere, per evitare eccessive ed erronee conseguenze.

Prima di tutto può avvenire, che quando un diritto soggettivo sia violato o trasgredito o contestato in modo radicale, il suo valore pratico si riduca alla mera possibilità di ottenere soddisfazione dal giudice, in via di sanzione. Così può avvenire, per esempio, se il debitore non paga e nega di dovere o di poter pagare. Che altro resta al creditore, se non agire per la condanna e per la spropriazione? Similmente, se un proprietario ha perduto il possesso e il godimento della cosa, che altro gli resta se non rivendicarla? In questi casi si suol considerare come oggetto di trasferimento l'azione e non il diritto. In questo senso, anche nell'art. 1538 cod. civ. vediamo menzionate come oggetto (autonomo) di trasferimento le azioni. Ma bisogna avvertire, che questo non è che un modo di esprimersi. In realtà qui la cessione o il legato dell'azione, involge per implicito anche il trasferimento o la devoluzione del (vero o preteso) diritto, se ed in quanto sussista. Così l'acquirente o il legatario di una azione di revindica, se eserciti poi l'azione e riesca vittorioso, riconquista la cosa per sè; e deve ritenersi che egli, attraverso la cessione della azione, ne abbia acquistato la proprietà.

D'altra parte bisogna ricordare, che la violazione, o trasgressione di un diritto soggettivo primario, può generare dei diritti secondarii, che praticamente bisogna far valere in via di azione. In questi casi, il diritto primario può essere trasferito, distaccandone o scindendone i diritti secondarii e derivati (e inversamente questi possono esser trasferiti, scindendoli dal diritto primario). Così, per esempio, se è stata danneggiata una cosa, il proprietario può trasferire il diritto di proprietà, ma non il diritto al risarcimento dei danni e inversamente. Anche in questo caso si dirà talvolta che si cede il diritto e non l'azione (o inversamente). Ma le parole non devono indurre in equivoco. In realtà si scindono l'uno dall'altro due diritti distinti, e nonl 'azione dal diritto sottostante.

Dal lato passivo, assai più difficilmente può accadere che vi possa essere successione nell'azione a titolo particolare, e ciò sempre per un riflesso del diritto sostanziale. Di regola, infatti, non sono cedibili per atto tra vivi (con effetto per il terzo creditore) i debiti e le soggezioni costituenti il lato passivo dei diritti. Nel campo del diritto sostanziale si hanno tuttavia dei fenomeni, che praticamente realizzano un risultato analogo al trasferimento e segnatamente l'accollo (novativo o non novativo) del debito. In questo caso il creditore potrà agire contro l'accollatario, e allora nei rapporti fra loro, anche in ordine all'esercizio dell'azione, si avranno per riflesso delle conseguenze analoghe, ma non identiche, a quelle che si verificano in caso di vera e propria successione.

Neppure per testamento, del resto, può legarsi un debito, a titolo particolare, se non come onere di un legato, ma è dubbio se ciò liberi gli eredi o non si abbia anche qui un fenomeno analogo all'accollo non novativo. Tutti problemi che esorbitano però dal nostro tema.

Successione potrà aversi invece, anche dal lato passivo, sebbene con varie deformazioni, in tutti quei casi in cui la legittimazione passiva deriva dalla titolarità di un diritto primario o da uno stato di possesso trasferibile. Così, per esempio, l'azione per l'accertamento di una servitù prediale o per la costituzione di una servitù forzosa, non può essere esercitata se non contro il proprietario del fondo servente o destinato a divenire servente. Il trasferimento di proprietà del fondo servente, in questo caso, dà luogo ad una successione nell'azione dal lato passivo.

75 Le conseguenze della successione nell'azione a titolo particolare, là dove sia ammessa, sono simili, ma non sempre e non in tutto, a quelle che si hanno in caso di successione a titolo universale.

Ci sono innanzitutto delle altre peculiarità, che derivano per riflesso da discipline di diritto sostanziale. Qui, a differenza di quello che avviene nella successione a titolo universale, siamo di fronte ad un trapasso di un singolo bene o di un

singolo diritto, che viene per così dire isolato e distaccato dal patrimonio di un soggetto, per entrare in quello di un altro. La legge si preoccupa di solito, con discipline apposite, di far assumere all'acquirente o avente causa la stessa posizione giuridica del suo autore, per tutto quanto riguarda il godimento, l'esercizio o la difesa di quel bene o di quel diritto. Talvolta però questa specie di operazione di trapianto, presenta delle difficoltà o degli inconvenienti, di fronte ai quali la legge stessa si arresta.

Ciò avviene soprattutto nel trapasso di diritti reali, quando la posizione dell'alienante sia stata modificata da atti o provvedimenti di carattere personale. I relativi effetti non si possono ripercuotere sull'acquirente senza incongruenze e talvolta senza offesa alle sue giustificate aspettative e alla buona fede, salvi gli eventuali temperamenti derivanti dal regime di pubblicità di certi atti. In altri casi poi, e specialmente e in materia di diritti «incorporati» in titoli di credito, la legge stessa anche più risolutamente consacra l'autonomia del diritto trasferito, sceverandolo da ogni altro elemento della posizione del cedente, che non risulti dal titolo. Tutto questo reagisce necessariamente anche sull'esercizio e sulle modalità della azione e delle eccezioni, per cui può avvenire, che, anche a questo effetto, la posizione dell'avente causa venga ad essere diversa da quella del suo autore (esempio tipico negli art. 21 e 65 della vigente legge cambiaria).

Tutta questa però, al solito, resta materia riservata agli insegnamenti di diritto sostanziale.

Un'altra peculiarità della successione a titolo particolare, quando avvenga per atto tra vivi, è questa: che, se la successione avvenga dopo che l'azione è in corso di esercizio ed è pendente il giudizio, l'avente causa (a quanto comunemente si ritiene) non può subentrare al suo autore nello svolgimento del giudizio, se non vi sia il consenso di tutte le altre parti. Il giudizio prosegue invece fra le parti originarie, ma i provvedimenti definitivi dati contro od in confronto del dante causa rimasto in giudizio, hanno effetto anche contro od a favore del suo successore od avente causa.

Ci sembra con questo di aver detto abbastanza per dare un'idea generale delle vicende che può subire l'azione durante la sua vita. Ci resta a dire della sua estinzione.

L'ESTINZIONE dell'azione può avvenire, come già sap-
76 piamo, in conseguenza del suo esercizio condotto fino al suo esaurimento (sopra, n. 71). Può avvenire per effetto di atti dispositivi (sopra, n. 72). Può avvenire per riflesso dell'estinzione del diritto soggettivo sostanziale sottostante. In quei rari casi in cui la legge esclude la successione, può avvenire per morte delle parti (sopra n. 73). In quei casi in cui l'interessato ha la scelta tra varie azioni (esempii sopra, al n. 72) o tra l'azione in giudizio e altri mezzi di difesa, di tutela o di garanzia (esempii nei capitoli successivi), può avvenire l'estinzione di una azione, in quanto l'interessato ne eserciti un'altra o si valga di altri mezzi di difesa.

Finalmente l'estinzione può avvenire — ed è questo di cui ci resta a far cenno — per decadenza o per prescrizione. Basterà ricordare, per la prescrizione, gli artt. 2135 cod. civ. e 915 e segg. cod. comm., e, come esempii indubbi di decadenza, quelli degli artt. 694 e 695, 1531 ecc. cod. civ.. Sulla distinzione fra prescrizione e decadenza, molto si è discusso, ma agli effetti della nostra trattazione converrà soprattutto ricordare, che la prescrizione dà luogo ad una eccezione in senso ristretto o ristrettismo (v. sopra § 70 n. 68 e v. l'art. 2109 e segg. cod. civ.), mentre la decadenza è rilevabile anche dal giudice d'ufficio. Anche qui la estinzione dell'azione per prescrizione o decadenza può reagire sulle sorti del diritto sostanziale, ma non per questo si può confondere con l'estinzione del diritto.

Senza entrare in maggiori dettagli, ci limiteremo a rilevare, quale importanza abbia in questo campo (e in relazione alle disposizioni citate) quello che abbiamo detto sulla nascita dell'azione (n. 70), in relazione all' inizio e al decorso della prescrizione e quello che abbiam detto sul suo esercizio (n. 71), in relazione ai fenomeni della sospensione e della interruzione.

Noteremo finalmente, per chiudere, che le cause di

estinzione dell'azione non possono meccanicamente impedire la riproposizione della istanza al giudice, ma funzionano come motivi di rigetto. Con questo però, esse spiegano di solito i loro effetti pratici rispetto alla azione in quanto affermata o pretesa, anche prima che si sappia se era od è fondata. Lo abbiamo già osservato (sopra n. 72, in fine) rispetto agli atti dispositivi estintivi. Ma ciò vale anche per le altre cause di estinzione, e così per esempio per la prescrizione. Se un creditore o sedicente creditore non soddisfatto (a quanto egli dice), è stato inerte per più di trent'anni e poi agisce, e il debitore gli eccepisce la prescrizione, è inutile che il giudice scenda ad esaminare se in origine sussisteva il credito o se era fondata l'azione, dal momento che, in ogni ipotesi, questa sarebbe estinta. Può rigettare senz'altro la istanza, senza scendere ad altre indagini.

§ 12. — *Il giudicato e le preclusioni in luogo di giudicato.*

77 « IL GIUDICATO » è un tema sul quale ci eravamo riservati di tornare (v. sopra § 8, n. 47) e pensiamo che esso trovi qui il suo posto, quasi in epilogo del discorso intorno alle azioni. Così chiuderemo il capitolo.

Il giudicato in senso proprio risulta da un accertamento giudiziale, munito della autorità di cosa giudicata. E poco importa, a questo effetto, se l'accertamento abbia carattere autonomo oppure preparatorio di altri provvedimenti (costitutivi, di condanna ecc.), semprechè, anche in questa ultima ipotesi, esso formi veramente oggetto di provvedimento e non semplicemente un motivo del ragionamento del giudice (v. il § 8 n. 48). Vedremo poi dopo, come vi possano essere anche dei fenomeni di giudicato implicito e presuntivo.

L'autorità di cosa giudicata si forma sul tema o sulla materia dell'accertamento, sia questo un diritto soggettivo od un rapporto giuridico, una situazione, uno stato od anche semplicemente una verità di fatto giuridicamente

rilevante. Ma bisogna sempre che si tratti di tema o di materia, per il cui accertamento (autonomo o coordinato ad altri provvedmenti) la legge accordi una azione (o quanto meno una eccezione, di fronte ad una azione altrui). Le considerazioni che verremo esponendo più oltre, chiariranno meglio questo rapporto fra azione e giudicato.

78 L'EFFICACIA pratica del giudicato non può ravvisarsi in ciò, che esso costituisca in sè e per sè una causa di estinzione dell'azione. Non solo esso non impedisce infatti meccanicamente la riproposizione di alcuna domanda od eccezione, ma non sarebbe neppure esatto dire che esso genera una eccezione di estinzione. Esso fornisce soltanto un punto fermo consolidato, acquisito, che le parti interessate possono invocare in seguito, a fondamento di proprie domande od eccezioni.

Esaminiamo in proposito le varie ipotesi possibili, col solito metodo degli esempi tipici.

Una domanda è stata respinta, accertando che non sussiste un diritto, un rapporto od un fatto, indispensabile affinchè potesse sussistere e risultare fondata la relativa azione (accertamento negativo, rispetto alla azione affermata o pretesa). Successivamente viene riproposta la stessa domanda, fra le stesse parti. Il soggetto passivo (convenuto) potrà chiedere il rigetto della nuova domanda, non già eccependo che la azione è estinta per effetto del giudicato, bensì eccependo che l'azione proposta è infondata, per ragioni in ordine alle quali già sussiste la certezza legale, risultante dal precedente giudicato. Il giudicato, in questo caso, non è che un mezzo per dimostrare — irrefragabilmente — il difetto di fondamento dell'azione, che era già stata respinta una prima volta.

Supponiamo adesso, che una domanda che tendeva in fra l'altro ad un accertamento, sia stata accolta; l'accertamento è stato pronunciato. Però il soggetto legittimato ad agire non ha ancora ottenuto fino in fondo il risultato (applicazione di sanzioni), a cui ha diritto. Per esempio, un creditore ha ottenuto l'accertamento del credito

e la condanna del debitore, ma non ha ancora espletati gli atti esecutivi, in via di esecuzione particolare. Inizia gli atti e il debitore gli eccepisce, che il credito non sussiste. Potrà replicare (il creditore), che l'eccezione va respinta, perchè sulla sussistenza del credito c'è già la certezza legale (cosa giudicata). Il giudice dovrà respingere l'eccezione del debitore, senza altre indagini. Qui il giudicato funziona come un mezzo per dimostrare — irrefragabilmente — fondata l'azione e infondata la eccezione.

Terzo caso o terzo esempio: supponiamo anche qui, che una domanda sia stata accolta. Un certo Tizio ha ottenuto così l'accertamento e la soddisfazione a cui tendeva, contro un certo Caio (per esempio, il ricupero del possesso di una cosa rivendicata). Caio, soccombente, adesso agisce a sua volta contro Tizio, per contestargli o ritogliergli il risultato ottenuto (per esempio rivendicando nuovamente per sè la cosa che Tizio, vincitore nel primo giudizio, ha ricuperato). Tizio potrà opporre a questo Caio... ribelle, che l'accertamento del buon diritto di lui, Tizio, avvenuto nel primo giudizio, esclude che egli, Caio, abbia un diritto o un controdiritto prevalente da far valere, onde la sua nuovissima domanda va respinta, senza che il giudice possa scendere ad altre indagini. Il giudicato non è che un mezzo per dimostrare — irrefragabilmente — infondata la nuova domanda di Caio contro Tizio, perchè va contro le risultanze emerse dall'azione precedente di Tizio contro Caio.

Così funziona, in varie direzioni e in diverse contingenze, l'autorità del giudicato. E in questo senso va intesa (con una interpretazione logica estensiva anzi integrativa) la formula troppo drastica e troppo ristretta dell'art. 1351 cod. civ., secondo la quale parrebbe che il giudicato funzioni solo come motivo di rigetto di nuove domande, identiche ad altre già precedentemente respinte.

Questa interpretazione (sulla quale del resto non vi può esser dubbio) va integrata con la considerazione del fenomeno (pur questo comunemente ammesso), che si suol chiamare dell'assorbimento dei motivi e delle eccezioni non dedotte.

79 L'ASSORBIMENTO, come fenomeno inerente alla formazione del giudicato, ha luogo, sia rispetto all'azione che rispetto alle eccezioni.

Quando una parte abbia proposta una determinata azione, può e deve apportare al giudice tutti gli elementi e i motivi idonei a convincerlo, che l'azione è fondata. Ma se la sua azione venga respinta con un giudicato negativo, la parte stessa non può più riproporre con successo la stessa azione, neppure allegando che ha scoperti nuovi motivi od elementi per il suo accoglimento (salva solo qualche deviazione dalla regola, in casi espressamente preveduti dalla legge). Le sarà egualmente di ostacolo il giudicato negativo. Ed in questo senso si può dire, che anche i motivi non dedotti, sono ormai assorbiti e preclusi dal precedente giudicato.

Analogamente (in senso inverso), quando una parte abbia proposta contro un'altra una determinata azione, questa può e deve addurre davanti al giudice tutte le eccezioni (in senso lato e in senso stretto), che possano portare al rigetto della domanda. Ma se la domanda venga accolta, essa parte convenuta, soggetto passivo della azione, non può più insorgere contro il provvedimento del giudice e quindi contro il giudicato, allegando che ha scoperte (o comunque può addurre) nuove eccezioni o nuovi motivi di rigetto, precedentemente non dedotti.

Il giudicato sta ormai — irrefragabilmente — contro di lei. In questo senso si può dire, che anche le eccezioni non dedotte in tempo utile sono ormai assorbite e precluse.

80 LA SFERA soggettiva di efficacia del giudicato civile, quando questo si formi su esercizio di azione privata, è però limitata «fra le parti».

Ciò, a differenza di quanto avviene per i provvedimenti penali (sopra § 8 n. 47) e per quei rari provvedimenti civili che possano esser emanati su esercizio di azione pubblica od anche di ufficio, come la sentenza di fallimento. In questi ultimi casi, il provvedimento è munito di una effica-

cia od autorità (di vero e proprio giudicato o almeno di preclusione) che si manifesta per tutti.

Ma fuor di questi casi, quando l'azione è privata, anche la efficacia è limitata, ripetiamo, fra le parti (artt. 1350 e 1351 cod. civ., già citati al n. 47).

Quali parti? Ecco un punto sul quale siamo ora in grado di spiegarci più chiaramente.

Si suol dire, che qui si allude alle parti che sono state in giudizio. Più esattamente si dovrebbe dire, che la efficacia si spiega tra i soggetti attivi e passivi della azione esercitata davanti al giudice, soggetti che normalmente devono essere in giudizio, affinchè il giudice possa pronunciare e provvedere. Il che vuol dire, in altri termini, che fondamentalmente le parti, fra le quali si forma il giudicato, sono le parti (soggetti attivi e passivi) dell'azione. Infatti, in quei casi in cui il giudice possa legittimamente pronunciare anche senza che siano in giudizio tutte le parti (soggetti attivi e passivi) dell'azione, ha luogo tuttavia fra di loro la formazione di un giudicato per lo meno implicito e presuntivo (v. n. 83), il che sta a dimostrare che la base prima del fenomeno si deve trovare nella struttura dell'azione e non nel fatto di stare in giudizio.

Resta a vedere, che conseguenze ha per i terzi la formazione del giudicato fra le parti.

PER I TERZI, si suol dire, il giudicato non giova e non
81 nuoce. Ma bisogna intendersi. La regola può esser vera o falsa, secondo che la si intende.

Diciamo allora innanzitutto, in che senso la regola è vera.

Essa è vera, quando la si intenda e la si chiarisca nel senso, che i terzi, ai quali essa allude, sono unicamente quei soggetti che possano chiedere nei loro rapporti (e cioè per l'esercizio di una loro azione o per la proposizione di una loro eccezione) l'accertamento di quello stesso diritto o di quello stesso rapporto, che è già stato oggetto di accertamento in occasione dell'esercizio di una (diversa o distinta) azione, fra altre parti. Questi terzi nei rapporti fra di loro (e cioè per gli effetti della loro azione o della loro eccezione) non possono invocare come verità già legalmente accertata, quello che il giudice abbia proclamato vero fra altre parti (e cioè a seguito dell'esercizio di una azione fra altre parti). In questo senso il giudicato, non giova e non nuoce ai terzi (nell'esercizio delle loro azioni od eccezioni).

In altri termini ancora: l'accertamento di un diritto, di un rapporto ecc., che abbia luogo a seguito dell'esercizio di una determinata azione, avviene ed ha effetto unicamente nei limiti dell'azione esercitata (e fra le parti dell'azione medesima), senza assumere con ciò autorità di cosa giudicata per altre azioni fra altri soggetti o per le relative eccezioni, neppure se queste richiedano od implichino l'accertamento dello stesso fatto, rapporto ecc.

Questa è una conseguenza della concezione dell'azione come diritto (e dell'eccezione come controdiritto relativo). È regola generale infatti, che ciascuno può disporre soltanto dei diritti proprii e non dei diritti altrui. Così chiunque può alienare le cose proprie e non le cose altrui. Può obbligare se stesso e non mai obbligare altri (di cui non abbia la rappresentanza). Allo stesso modo, può disporre delle proprie azioni o delle proprie eccezioni e non di quelle altrui; può esercitare le azioni proprie e non quelle altrui. Coerentemente a questo sistema, si deve dire che, esercitando le proprie azioni o proponendo le proprie eccezioni, non può determinare la formazione di un giudicato sulle azioni o sulle eccezioni altrui. Questo è il valore, che si deve dare per questo lato all'art. 1351 cod. civ. E significativo è il parallelo fra lo stesso art. 1351 e l'art. 1130 cod. civ.

Viceversa però, il fatto che fra le parti sia stata esercitata una determinata azione, dando luogo ad un determinato provvedimento (fra di loro), è un fatto o un evento della vita, che nessuno può negare che si sia storicamente verificato (fra di loro). E nessun terzo può sottrarsi alle conseguenze riflesse, che può avere questo fatto, in quanto esso si è storicamente verificato (fra di loro). In questo senso si può dire che il formarsi del giudicato fra le parti è un fatto che — come tale — può avere conseguenze riflesse (favorevoli o sfavorevoli) anche per i terzi. Cosicchè

si intenderebbe in modo radicalmente falso quella tal regola, che il giudicato non nuoce e non giova ai terzi, se si supponesse che la regola vuol escludere queste indeclinabili conseguenze riflesse del fatto. Che se talvolta la legge, con disposizioni espresse ed apposite, accorda una propria azione ai terzi, proprio per rimuovere le conseguenze riflesse del fatto nei loro riguardi (es. art. 512 cod. proc. civ.), ciò conferma che di regola essi sono esposti a quelle conseguenze. Altrimenti non si spiegherebbe, come la legge si preoccupi di conceder loro una azione proprio a quello scopo.

Anche questo aspetto del fenomeno discende dalla concezione dell'azione come diritto. Per regola generale, infatti, gli atti di disposizione dei proprii diritti, che compia un soggetto, possono avere ed hanno — come fatto della vita — delle conseguenze indisconoscibili anche per i terzi. Così, per esempio, chiunque può alienare una cosa di sua proprietà. Ma il fatto che la abbia alienata, ha in fra l'altro questa conseguenza riflessa per i (terzi) suoi creditori: che non potranno più esercitare su di essa le loro azioni esecutive per gli effetti degli artt. 1948 e 1949 cod. civ. (salvo che l'alienazione sia stata fraudolenta, nel quale caso la legge con disposizione espressa accorda ai terzi creditori l'azione revocatoria dell'art. 1235 cod. civ.: v. sopra § 3, n. 15).

Un esempio basterà a chiarire questa distinzione, fra i casi, rispetto ai quali si applica la regola che il giudicato non giova e non nuoce ai terzi, e i casi di conseguenze riflesse, che i terzi sono esposti a subire. Si supponga che un certo Tizio abbia rivendicata una cosa, che afferma essere di sua proprietà, da un certo Caio (possessore in quel momento della cosa stessa) e che il giudice abbia accolta la domanda, accertando dunque — di fronte a Caio — che Tizio è proprietario. Questo non può impedire ad alcun altro terzo (Sempronio, Mevio o chi si sia) di sostenere che la cosa è sua e di rivendicarla per sè, con una propria azione di revindica. Tizio non potrà mai opporre al terzo rivendicante, e cioè a Sempronio, a Mevio o a chi si sia, che egli Tizio è stato proclamato proprietario in confronto di Caio, e che per conseguenza la sua proprietà è

accertata, Non potrà opporlo a Sempronio o a Mevio, perchè ciò che il giudice abbia ritenuto nei rapporti fra di lui (Tizio) e Caio, non può pregiudicare la azione propria, autonoma di un altro soggetto distinto — terzo — come può essere appunto Sempronio, Mevio o chiunque altro, che non sia Caio. In questo senso il giudicato fra Tizio e Caio non giova e non nuoce ai terzi (Sempronio, Mevio o chi si sia).

Viceversa però, il fatto che Tizio abbia rivendicata con successo la cosa da Caio, è un fatto della vita, che nessuno può ormai negare si sia verificato fra Tizio e Caio. Conseguenze: da questo momento, i creditori di Caio non possono più colpire con le loro azioni esecutive la cosa rivendicata da Tizio. Perchè? Perchè è un fatto ormai storicamente innegabile che, a seguito del giudizio fra Tizio e Caio, la cosa non è più nel patrimonio di Caio, ma in quello di Tizio. E i creditori di Caio non hanno d'altra parte una azione propria per rivendicare la cosa (neanche all'effetto di esercitare poi su di essa le azioni esecutive). Quindi debbono subire queste conseguenze del fatto svoltosi fra Tizio e Caio.

Soltanto se credono di poter dimostrare, che c'è stata collusione ai danni loro fra Tizio e Caio, la legge concede loro una azione simile alla revocatoria, per far rimuovere, nel loro proprio interesse il giudicato intervenuto fra Tizio e Caio (opposizione di terzo dell'art. 512 cod. proc. civ., che rappresenta in questo campo il parallelo della revocatoria data dall'art. 1235 contro i negozii fraudolenti).

In generale, l'applicazione pratica delle regole e dei criterii, che siamo venuti accennando intorno al giudicato, non dà luogo a difficoltà. Casi dubbii tuttavia non mancano. Ve ne sono per esempio in materia di accertamento dello stato delle persone, quando la legge accordi azione a più soggetti per il suo accertamento (in senso positivo o negativo). Riesce difficile infatti concepire, che ad una stessa persona si possa riconoscere un certo stato rispetto a certi soggetti e non a tutti gli altri. E allora appare difficile anche limitare o contenere gli effetti dell'accertamento provo-

cato da uno dei soggetti legittimati ad agire, in modo che questi si manifestino soltanto per lui e dentro l'ambito della sua azione, senza effetti per gli altri, pur legittimati ad agire per conto proprio. Così per esempio nel caso dell'art. 104 (sopra § 3, n. 15), riesce difficile pensare, che un matrimonio fra certi coniugi possa esser dichiarato valido o non valido con un accertamento il quale abbia effetto unicamente per chi lo abbia impugnato, e non per altri ai quali sarebbe pure concessa una impugnativa analoga. Altri casi, che a qualcuno sono parsi dubbii, si hanno in certe ipotesi, in cui la esistenza di un certo rapporto costituisce la premessa della efficacia giuridica di un altro (come per esempio nella fideiussione, in cui la sussistenza del debito principale è presupposto della sussistenza o della efficienza dell'obbligazione del fideiussore). In questi casi ci si è domandato, infatti, se l'accertamento di un rapporto che avvenga fra le due parti (per esempio fra creditore e debitore principale) abbia o non abbia effetto anche per quell'altro rapporto, di cui questo costituisce la necessaria premessa (per esempio fra creditore e fideiussore).

Però queste varie difficoltà non nascono dalle regole e dai principii relativi agli effetti del giudicato, bensì piuttosto dal modo di concepire o di costruire i rapporti di diritto sostanziale, rispetto ai quali il giudicato può venire in questione. Finisce quindi con l'esorbitare dalla nostra trattazione anche il loro esame.

Ci resta piuttosto da mettere in luce quali conseguenze abbiano, sulla efficacia del giudicato, altri fenomeni dei quali abbiamo fatto cenno a proposito delle azioni civili, e segnatamente i fenomeni di successione.

82 SUCCESSIONE si può avere come abbiamo chiarito a suo tempo nell'azione come diritto (sopra § 11, nn. 37 e segg.), ma, in un certo senso, anche rispetto alla azione affermata o pretesa, come successione nel posto o nella posizione giuridica di parte.

Di qui deriva, che i soggetti succeduti ad altri nella posizione giuridica di parte rispetto ad una certa azione, de-

vono subire o rispettivamente possono invocare a loro volta l'autorità del giudicato, come avrebbero dovuto subirla o avrebbero potuto invocarla i soggetti originarii di quella azione.

In fondo avviene così, per il giudicato, qualche cosa di simile a quel che avviene per tutti gli altri atti, fatti o provvedimenti, relativi all'azione od al suo esercizio (v. sopra n. 71).

Non deve trarre in errore la considerazione, che, se c'è stata formazione di giudicato, l'azione deve esser già stata esercitata e deve quindi, in un certo senso, essere ormai esaurita ed estinta.

Ciò non impedisce meccanicamente, come sappiamo, che la stessa domanda possa esser riproposta fra le stesse parti o che un punto accertato in via di « declaratoria » sia comunque rimesso in questione fra di loro. È appunto quando si verifichi questa ipotesi, che la cosa giudicata può esser invocata e spiega i suoi effetti, per impedire che il giudice ½ provveda diversamente. Ora, se la riproposizione non è meccanicamente esclusa, resta aperta la possibilità che la riproposizione avvenga anche da parte di altri o contro altri, che siano succeduti (nella posizione di parte) ai soggetti originarii. Ed allora anche fra costoro potrà essere invocata la cosa giudicata.

Questo è universalmente riconosciuto, e si suol parlare, a questo proposito, di successione nel giudicato. In realtà non è nel giudicato che si succede, ma — insistiamo — nella azione, rispetto alla quale il giudicato è invocabile od opponibile. Soltanto così la disposizione dell'art. 1351 cod. civ., in quanto menziona le parti, può e deve intendersi estensivamente, come allusiva anche ai loro successori ed « aventi causa ».

83 IL GIUDICATO IMPLICITO o presuntivo e le preclusioni in luogo di giudicato, costituiscono un fenomeno collaterale ed affine al giudicato propriamente detto, e che merita di essere separatamente considerato.

Qualche cosa di implicito può sempre esservi anche nel

giudicato propriamente detto, per effetto di quei fenomeni di assorbimento, dei quali abbiamo fatto cenno a suo tempo (sopra n. 79). Anche in questi casi vengono ad esservi infatti ragioni, eccezioni o questioni, che restano precluse, sebbene su di esse non vi sia stata esplicita pronuncia del giudice.

Ma ben più caratteristico e di ben diversa portata, è quel che avviene, in quei casi in cui la legge consente la emanazione o la attuazione di provvedimenti di sanzione, senza che tutte le parti dell'azione siano state in giudizio e senza che il giudice emetta alcun accertamento propriamente detto.

Accenneremo in proposito, e per modo di esempio, a due ordini di casi, anticipando delle notizie che troveranno più ampio sviluppo nel seguito.

Talvolta la legge consente, che il giudice, su istanza di un creditore munito di certe prove (scritte), emetta a carico del debitore una ingiunzione di pagamento o di consegna, senza sentire preliminarmente il debitore, salvo a costui di fare opposizione al provvedimento. Se costui non fa opposizione, l'ingiunzione acquista l'efficacia di una condanna. Qui un vero e proprio accertamento completo ed esauriente non c'è. La efficacia del provvedimento si giustifica principalmente con la presunzione, che, se il debitore non fa opposizione, questo significa che non ha nulla da opporre.

Per attuare questo sistema, naturalmente la legge deve escludere che, divenuto definitivo il provvedimento, la esecuzione possa essere impedita o che il debitore che abbia pagato od abbia subita l'esecuzione a seguito dell'ingiunzione, possa agire per il ricupero. Si ha così una preclusione con effetti analoghi al giudicato.

Similmente, quando un creditore possa promuovere e promuova gli atti di esecuzione e consegua qualche cosa in base ad un titolo esecutivo stragiudiziale (esempio: cambiale), senza opposizione del debitore, un accertamento giudiziale del credito in senso proprio, e quindi giudicato, non c'è. Ma anche qui la legge, ad esecuzione compiuta, deve

escludere ogni azione di ricupero del debitore, e anche qui si ha una preclusione.

Queste preclusioni, con funzioni più o meno affini al giudicato, devono però essere strettamente contenute nei limiti additati dalla loro stessa ragion d'essere Qui non c'è una verità positivamente accertata dal giudice. Per conseguenza, resta libero anche alle stesse parti, di sostenere a qualunque altro effetto (fuori di quello indicato), che in realtà il credito od il titolo a seguito del quale si è fatto luogo ad una ingiunzione o ad una esecuzione, non aveva fondamento. Così nel secondo ordine di casi, può avvenire perfino questo: che se qualcuno abbia agito in via esecutiva in base ad un titolo stragiudiziale senza opposizioni del debitore, ma non abbia conseguito tutto quello che gli spetta, ed agisca una seconda volta per il residuo, il debitore — rispetto a questo residuo — gli opponga, che il debito non sussisteva e non sussiste.

Crediamo di aver detto, con questo, tutto quello che c'era consentito di dire intorno alle azioni civili, senza esorbitare dai limiti necessariamente modesti della nostra trattazione. E possiamo chiudere finalmente l'arduo capitolo, sicuri di aver spianata la via per procedere più agevolmente nel seguito.

Capitolo Secondo

DEI PROCEDIMENTI

Sommario: § 13. Concezione e struttura del processo in generale; tipi e varietà di procedimenti. — § 14. Cognizione penale e cognizione civile e loro eventuale coordinamento. — § 15. Lineamenti generali del procedimento ordinario di cognizione civile, dei procedimenti per decreto e dei procedimenti cautelari civili. — § 16. Brevi cenni dei procedimenti speciali in materia di « giustizia amministrativa ». — § 17. Lineamenti generali dei procedimenti ordinari di esecuzione processuale civile. — § 18. Lineamenti generali del procedimento fallimentare.

§ 13. — *Concezione e struttura del processo in generale; tipi e varietà di procedimenti.*

Processo è una espressione che, nel linguaggio corrente,
84 serve ad indicare un fenomeno, considerato nel suo svolgimento. Così parliamo e sentiamo parlare, per esempio, di processi chimici, di processi tecnici o di fabbricazione, di processi fisiologici o patologici ecc. Anche nel campo del diritto, può conservare questa accezione generica. Così ci avverrà di parlare talvolta, o di sentir parlare, del processo di formazione della legge, del processo di formazione di un atto amministrativo o di un negozio giuridico. In modo particolare però, ed in senso più ristretto o specifico, il termine si usa per esprimere il fenomeno della amministrazione della giustizia, quando entra in attività di funzioni rispetto a casi singoli e concreti, dal primo atto che le-

galmente ne determina o ne rivela l'inizio, fino al momento in cui esso legalmente cessa o si esaurisce. In questo senso si usano anche le espressioni «procedimento» o «procedura». Però queste ultime servono anche (e forse più propriamente) ad esprimere le forme predisposte in astratto dalla legge, per gli atti o per i fatti coi quali il fenomeno (processo, in concreto) può svolgersi. Come sinonimo di processo, si usa in fine, per metatesi, anche la espressione «giudizio», desunta da quello che è nel maggior numero dei casi il contenuto del processo, con riferimento all'esito finale al quale tende.

I processi o procedimenti servono, per quanto ormai ne sappiamo anche dal capitolo precedente, alla applicazione concreta delle sanzioni. Però non è detto, che un processo possa sorgere soltanto rispetto a quei casi nei quali debba effettivamente farsi luogo alla applicazione di una sanzione e sbocchi necessariamente in una cosiffatta applicazione. Il processo sorge bensì quando l'attività giudiziaria sia eccitata a provvedere rispetto ad un determinato caso, onde applicare delle sanzioni se ed in quanto ne ricorrano gli estremi. Ma questo punto: se gli estremi ricorrano, sono gli stessi organi giudiziarii (giudici) che devono risolverlo, a ragion veduta (§ 7, n. 40). Può essere che, esaminato il caso, essi concludano che gli estremi voluti non ricorrono (§ 8, n. 49; § 10 *passim*). Può anche essere, che essi constatino che gli atti destinati a provocare dei provvedimenti di sanzione da parte loro, non sono stati legalmente compiuti, onde devono pregiudizialmente declinare di decidere del merito. Può essere che, dopo l'atto o gli atti iniziali, sopravvengano dei fatti successivi i quali impediscano od escludano lo svolgimento ulteriore. In tutti questi casi ci sarà stato bensì un processo o l'inizio di un processo, ma senza che questo metta capo alla effettiva e positiva applicazione di sanzioni.

Considerata la cosa rispetto all'amministrazione della giustizia nel suo complesso e ai fini generali per cui è istituita, queste varie possibilità, che il processo si arresti nel suo cammino o sbocchi in provvedimenti di carattere

negativo, concorrono in modo evidente, e del resto indeclinabile, a far sì che le sanzioni siano effettivamente applicate soltanto là dove sia legalmente giusto (nei sensi di cui al § 6, n. 34) applicarle.

Il processo, pur essendo un fenomeno di amministrazione della giustizia, non sorge però e non si svolge (almeno di solito) unicamente per attività del giudice. Basta ricordare in proposito quanto abbiamo detto a proposito dell'azione pubblica e privata e del contraddittorio nell'esercizio dell'azione, come attività processuale (§ 7, nn. 40 e segg.). Devono concorrervi, cioè, quasi sempre attività (atti o fatti) di altri organi dello Stato (pubblico ministero) o di altre persone (parti).

Questo, in ultima analisi, vuol dire, che esso sorge e si svolge poi, nel suo interno, per il coordinato concorso di varie funzioni dei suoi varii soggetti (comprendendo, sotto questo aspetto, fra i suoi soggetti anche il pubblico ministero, come organo ben distinto dal giudice), funzioni delle quali le varie attività di ciascuno (in quanto legalmente influenti sul suo corso e sul suo esito) non sono che il modo (od un modo) di esercizio.

LE FUNZIONI rispettive, che vengono ad esercitare il giu-
85 dice e gli altri soggetti nel processo (compreso sempre fra questi il pubblico ministero), sono naturalmente diverse.

Al giudice soltanto spetta in definitiva provvedere in ordine al caso considerato; ed a questo effetto esso ed esso solo è istituzionalmente investito dei poteri necessarii (di decisione e di disposizione), con carattere «finale». I suoi provvedimenti (positivi o negativi), dati in virtù di questi poteri, escono per così dire dal processo, come il risultato, anzi il prodotto, al quale esso mette capo (se giunge fino in fondo) e spiegano poi i loro effetti all'esterno di esso, cioè nell'ordine o nel piano delle sanzioni. Essi esprimono la volontà concreta dello Stato rispetto al caso considerato (sempre in quel senso, ben s'intende, in cui l'espressione «volontà» può usarsi nell'esercizio di pubblici poteri), volontà che il processo ha servito a determinare ed a formare.

Le funzioni degli altri soggetti concorrono alla relativa formazione (processo formativo), non solo perchè i giudici non possono provvedere, se non in quanto legalmente provocati o richiesti (onde lo stimolo e talvolta lo stesso tema del decidere deve venire da altri), ma anche perchè devono provvedere « a ragion veduta », secondo un convincimento che deve procedere dalle necessarie informazioni di fatto, attraverso ragionamenti di ordine giuridico, fino alla conclusione sul modo e sulla necessità di provvedere. (v. sopra il § 6, n. 33). Ora, soprattutto per quel che riguarda le informazioni di fatto, oltrechè per la determinazione del tema del decidere, gli altri soggetti possono e talvolta debbono arrecare al giudice indicazioni, notizie, materiali od elementi di convincimento. Non di rado spetta a loro arrecargli anche le indicazioni necessarie, per identificare e poter colpire cose e magari persone, sulle quali i futuri provvedimeuti finali devono spiegare i loro effetti di ordine pratico.

Ecco come, con le funzioni del giudice, possono concorrere, durante il processo e per i suoi fini ultimi, anche funzioni essenziali di altri soggetti.

Però non bisogna neanche immaginarsi, che di fronte a tutti questi apporti altrui, la sua funzione si riduca sempre e soltanto ad un esame d'ordine meramente intellettuale. Molto spesso, per giungere allo stato di informazione necessaria per poter provvedere,il giudice stesso deve spiegare delle attività in corso di processo, per le quali è munito di altri poteri sovrani (da non confondersi con quelli finali ai quali abbiamo accennato più sopra) che chiameremo « stromentali », ai fini di giustizia. Non bastano di solito le indicazioni, le affermazioni, le informazioni e le prove fornite da altri, perchè il giudice possa accertare una verità o possa acquisire la materia prima, su cui esercitare poi i suoi poteri finali. A questi effetti, egli può anche spiegare delle attività pratiche, e ricorrere nel corso del processo (e quando lo ritenga necessario od opportuno) a misure coercitive, varie e gravi, talvolta gravissime. Può privare per esempio certe persone della loro libertà fisica (cattura od arresto preventivo), limitare la loro capacità o libertà giuridica (esercizio del commercio, di arti, di professioni ecc.), farle tradurre con la forza (ad esempio, perchè rendano testimonianza), comminare penalità per chi non ottemperi ai suoi ordini o non adempia a certi uffici (come può fare per i testimonii, per i periti, per i pubblici depositarii ecc.), può immettersi nel domicilio altrui (perquisizione), può privare altre persone del diritto di disporre dei loro beni o sottrarli di fatto al loro possesso (sequestri, pignoramenti), espropriare quei beni (come avviene ai fini delle esecuzioni forzate civili), comminare termini di decadenza per far valere certi diritti e così di seguito. Qui è il giudice che opera, sebbene di solito (se non sempre) in seguito a particolari richieste, designazioni, istanze degli altri soggetti, onde anche qui viene ad esservi un concorso di funzioni.

Poteri di questo ordine o di questo genere, non hanno invece durante il corso del processo le parti, e per questo appunto devono invocare l'intervento e l'attività del giudice. Di poteri stromentali relativamente minori, ma pur gravissimi, è investito invece il pubblico ministero (onde la sua funzione acquista particolare importanza ed efficacia), ma di solito sotto il controllo, talvolta preventivo, più spesso successivo, del giudice.

Si capisce come, concorrendo così nel processo funzioni ed attività del giudice e di altri soggetti, venga ad istituirsi fra di loro uno stato di relazione od un « rapporto » (nel senso che abbiamo dato a questa espressione fin dal § 3, n. 12). Esso va concepito od immaginato, secondo quello che abbiam detto, come un rapporto di confluenza (se non di collaborazione in senso proprio), di cui il provvedimento finale (quando il processo giunga fino al suo termine) può considerarsi come il risultato ed il prodotto. Su di questo rapporto si può immaginare, che vengano ad inserirsi e coordinarsi progressivamente, a quel fine ultimo, tutte le varie attività rispettive, ciascuna coi proprii particolari effetti. In questo senso, la configurazione di un rapporto fra i varii soggetti, può fornire un utile sussidio, di ordine intellettuale, per la concezione unitaria ed organica dello schema del

processo, come fenomeno giuridico. Di questa configurazione ci avverrà pertanto di servirci anche nel seguito, usando per esprimerla una terminologia ormai largamente usata (sebbene talvolta diversamente intesa) cioè quella di: « rapporto giuridico processuale ».

86 Soggetti del processo (e quindi del rapporto giuridico processuale) abbiamo accennato essere il giudice da un lato, il pubblico ministero e le parti dall'altro lato. Ma soltanto quando passeremo ad esaminare le varie possibili figure di procedimenti, previste o predisposte dalla legge, potremo determinare come si individui il giudice e quando al processo partecipi il pubblico ministero e quali possano essere le altre parti. Già dal precedente capitolo possiamo in ogni modo farcene un'idea, quando si ricordi quanto abbiamo detto dell'azione pubblica e privata.

Un'altra avvertenza sarà tuttavia utile di aggiungere fin d'ora, per ciò che riguarda il giudice.

Può essere infatti che in uno stesso procedimento, quelle funzioni che abbiamo detto esser proprie del giudice, siano esercitate, nei varii momenti, da diversi organi od ufficii della autorità giudiziaria e talvolta anche da ausiliari di giustizia, a ciò designati. Così vedremo, che nel processo penale possono esser esercitate da organi od ufficii istruttorii e da altri organi cui può esser devoluta la cognizione definitiva; nella esecuzione civile, pure da ufficii od organi di vario ordine (ufficiali giudiziarii ed ufficii giudicanti diversi); così nel fallimento ecc.

In quasi tutti i procedimenti, poi, si suol avere pluralità di gradi del giudizio. Si è ritenuto infatti che sia una garanzia di giustizia, che le decisioni e i provvedimenti dati da un organo giudiziario, possano essere riesaminati, ed eventualmente riformati od annullati o sostituiti, da altri organi, quando qualcuno degli altri soggetti del processo si gravi o si dolga, davanti ad essi, della decisione precedente, come ingiusta ed illegale (impugnazione od impugnativa). Così, ad un esame e ad una decisione di prima istanza può seguire, davanti ad altro giudice, un riesame di appello; a

questo può seguire un sindacato di diritto e di legittimità da parte della corte di cassazione, ed eventualmente un nuovo riesame in sede di rinvio così di seguito (come vedremo).

Da questo punto di vista, un processo può svolgersi attraverso più fasi distinte. Però, anche se queste seguano davanti ad organi od ufficii diversi, questo non spezza la unità fondamentale del fenomeno, che va concepito sempre come formazione, attraverso queste varie fasi, di un unico provvedimento o di un unico complesso di provvedimenti finali, definitivi. Fin che sia data la possibilità di un riesame o di un sindacato giudiziario, si può dire che il provvedimento finale non è ancora definitivamente formato (salvo il caso di certi reclami straordinarii, proponibili soltanto eventualmente, per l'insorgere di particolari circostanze in tempi successivi, perchè questa remota eventualità non impedisce che il provvedimento si consideri definitivo). I provvedimenti emanati nel frattempo, possono avere bensì una efficacia provvisoria, che la legge determina caso per caso. Ma questa cessa, quando essi vengano modificati od annullati, ed anche gli effetti prodotti vengono direttamente od indirettamente eliminati, per far luogo ad un nuovo e diverso provvedimento, finchè si giunga a quello che, non essendo stato o non potendo più essere impugnato, diventa definitivo.

Per ciò, parlando del processo o del rapporto processuale in generale e della sua unità, nonchè del giudice come soggetto del processo, investito di determinate funzioni, non intendiamo alludere in questo capitolo all'uno, piuttosto che all'altro, dei singoli uffici od organi che nei singoli momenti siano chiamati ad esercitare quelle funzioni, ma alla serie di tutti gli organi od ufficii, che possono intervenire in ciascun momento e in ciascuna fase (anche se di impugnativa o di impugnazione), in quanto le loro attribuzioni sono tutte complementari fra loro, all'effetto di giungere al provvedimento finale e definitivo.

E non può dirsi neppure, che vi sia successione in senso tecnico (cioè in un senso analogo a quello che questa

espressione può avere nel campo del diritto sostanziale) tra uffici od organi giudiziarii nel corso dello stesso processo, perchè ciascun ufficio od organo non ha una propria personalità autonoma, ma tutti concorrono, in diverso modo, come elementi di un unico sistema organico, all'esercizio di una funzione complessa, ma unica, per i fini ultimi del processo.

Successione può esservi invece, in un certo senso, come abbiamo già accennato (v. sopra § 11 n. 71, 75 ecc.) per le parti, e ciò come riflesso di una successione di determinati soggetti ad altri, nell'azione (affermata o pretesa), dal lato attivo o dal lato passivo. Neanche questa spezza la unità del processo (ed è proprio nel concetto stesso di successione, che non vi sia questa frattura). Però qui vi è certamente un mutamento di soggetti, in quanto quelli che escono dal rapporto e quelli che ne prendono il posto, hanno una propria autonomia e una propria personalità come soggetti di diritto (cosa che non si può dire invece per i diversi uffici od organi della autorità giudiziaria), anche se gli uni subentrino agli altri nell'esercizio progressivo delle stesse funzioni.

È LA LEGGE, naturalmente, che determina con una se-
87 rie di disposizioni ipotetiche, in astratto, rispetto al sorgere del processo e rispetto ai varii momenti del suo corso successivo, quali organi od ufficii e quali soggetti devono parteciparvi, secondo le situazioni che vengono a mano a mano a formarsi, e quali atti possano compiere questi varii soggetti; è la legge che determina quali siano le condizioni di efficacia e di validità di ciascun atto; è la legge che coerentemente ne determina gli effetti, il coordinamento, l'ordine successivo o concomitante, fino al provvedimento od ai provvedimenti finali, con i quali il processo (se giunga al suo termine) si esaurisce e si chiude. Le relative disposizioni costituiscono i codici e le leggi di procedura.

Sono disposizioni molto spesso frammentarie, di dettaglio più che di insieme, e dominate soprattutto dalla preoccupazione delle forme. Ma l'opera illuminata degli interpreti può ricavarne logicamente un sistema organico e completo, che viene a costituire per l'appunto il diritto processuale, in contrapposto al diritto sostanziale.

È per l'appunto da questa opera di interpretazione, sistematicamente condotta, che possiamo arrivare alla concezione ed alla ricostruzione specifica di quelle varie funzioni di cui abbiamo parlato e, attraverso il loro coordinamento, alla concezione unitaria del processo e del rapporto giuridico processuale.

È intuitivo però che, data la varietà delle sanzioni che si tratta di applicare (e di cui pensiamo di aver data un'idea nel capitolo precedente, §§ 7 a 9), è intuitivo, diciamo, come il processo non possa avere sempre le stesse discipline in ogni caso, ma debba assumere secondo le loro diverse esigenze forme e figure diverse. Così, dopo aver accennato fin qui alla concezione del processo nelle sue somme linee, come fenomeno di carattere generale rispetto alle sanzioni e all'amministrazione della giustizia, dovremo ora far cenno di queste varie differenziazioni dei suoi ordinamenti.

LA VARIETÀ delle sanzioni e delle condizioni prescritte
88 per la loro applicazione (anche in relazione agli organi ed ai soggetti che devono concorrervi) si rispecchia, dicevamo, nella varietà degli ordinamenti processuali, predisposti per la loro applicazione.

Gli schemi di procedimenti o di procedure che ne risultano, sono moltissimi; ma anch'essi si possono raccogliere in gruppi (se non proprio in categorie rigorosamente definite), secondo i caratteri fondamentali che presentano, e i criteri che ispirano le rispettive discipline. Il raggruppamento più importante e più significativo, può farsi intorno a certi tipi, che la legge stessa ha considerati come fondamentali (archetipi), nel senso che ha provveduto a regolarli in modo organico e completo, mentre per altri essa stessa si limita a fornire alcune discipline speciali, peculiari, e rende applicabili per il resto, direttamente o per analogia, le disci-

pline del tipo fondamentale, al quale presentano maggiori affinità.

Ciascun gruppo, nel suo complesso, si può dire che serve alla applicazione di un corrispondente gruppo di sanzioni. Si intende, che dove non sia diversamente disposto, si applicano, nell'ambito di ciascun gruppo, i relativi procedimenti tipici fondamentali i quali anche sotto questo aspetto assumono quindi carattere e qualificazione di procedimenti « ordinarii ». Gli altri si applicano solo per certe specie o sottospecie di casi particolari, espressamente indicati e definiti dalla legge, e prendono quindi carattere e nome di procedimenti « speciali ». Di solito, alla specialità del procedimento corrisponde anche una speciale composizione del giudice, nel qual caso si parla di « giurisdizioni speciali », in contrapposto alla « autorità giudiziaria ordinaria ».

I gruppi che ne risultano, si possono prospettare così:

procedimenti di cognizione penale, i cui archetipi (procedimenti ordinarii) si trovano disciplinati nei primi tre libri del codice di procedura penale;

procedimenti di cognizione civile, i cui archetipi (procedimenti ordinarii) si trovano regolati nel primo libro del codice di procedura civile. Al quale gruppo crediamo si possano ascrivere (come procedimenti speciali) anche i procedimenti cosidetti di « giustizia amministrativa »;

procedimenti di esecuzione processuale forzata (civile), i cui archetipi (procedimenti ordinarii) si trovano regolati nel secondo libro del codice di procedura civile;

procedimento fallimentare o concorsuale, regolato nel terzo libro del codice di commercio. Con quest'ultimo presentano maggiori o minori affinità anche certe liquidazioni forzate regolate da leggi speciali, che però sono sottratte, almeno in parte, alla competenza giudiziaria per essere affidate prevalentemente ad organi di origine o di carattere amministrativo.

Non si può dire che costituiscano delle procedure (giudiziali) propriamente dette, le attività di esecuzione delle sanzioni penali, perchè la loro attuazione è affidata precipuamente ad organi amministrativi (Ministero di grazia e giustizia, forza pubblica, amministrazione carceraria, ufficii del registro e del demanio ecc.), sebbene con ingerenze e controlli di organi giudiziarii e del pubblico ministero.

Le parti speciali della nostra trattazione, che seguiranno a questa parte generale, saranno dedicate per ordine: ai procedimenti civili ordinarii di cognizione, ai procedimenti civili ordinarii di esecuzione forzata e alla procedura di fallimento.

Ma è indispensabile, secondo le linee del nostro programma, che diamo fin d'ora alcune sommarie notizie informative intorno a tutti i varii gruppi (o almeno ai relativi tipi fondamentali), senza di che il quadro generale dell'amministrazione della giustizia, che qui ci siamo proposti di tracciare, resterebbe evidentemente monco ed incompleto.

Cominciamo innanzitto dai procedimenti di cognizione penale e civile, anche per far cenno del loro sistema di coordinamento, per cui della applicabilità di sanzioni civili si conosce e si giudica talvolta in sede di procedimento penale (v. sopra § 7 n. 44).

§ 14. — *Cognizione penale e civile e loro eventuale coordinamento.*

La cognizione, da cui prendono nome e carattere que-
89 sti procedimenti (penali e civili), è una espressione che allude al loro contenuto, in relazione al fine a cui tendono.

Essi mettono capo infatti (quando giungano al loro termine) ad una pronuncia del giudice (nel senso veduto fin dal § 8, n. 46).

Con questa, il giudice può proclamare che si deve far luogo a determinate sanzioni; e, se si tratta di meri accertamenti o di provvedimenti costitutivi (v. sopra § 8, n. 49 e 50), egli stesso li emana. Se si tratta di sanzioni che richiedano una esecuzione, condanna (v. sopra § 8, n. 52, dove è chiarito anche il rapporto fra condanna ed esecuzione).

Può anche essere, che il giudice debba negare, che rispetto al caso considerato si dia luogo alla applicazione di

sanzioni ed allora la sua pronuncia viene ad avere carattere ed efficacia di provvedimento assolutorio, e cioè di accertamento negativo, munito in questo senso di autorità di cosa giudicata (v. sopra § 8, n. 49, in fine e § 12, n. 78).

Questi procedimenti non presuppongono, infatti, che al momento in cui sorgono vi sia alcuna certezza legale (nemmeno relativa), che vi sia una sanzione da applicare. Al contrario: essi sorgono di solito quando questa certezza legale (sia pure relativa), non c'è.

Nel momento iniziale, vi è soltanto la designazione o la indicazione, data al giudice, di una ragione di sospettare o ritenere che una sanzione si debba applicare (in penale) — o la affermazione di parte di avere azione per la applicazione di determinate sanzioni (in civile). Il primo e fondamentale compito del giudice viene per conseguenza ad esser questo: appurare se effettivamente vi sia luogo o non vi sia luogo alla sanzione, raccogliendo a questo effetto le necessarie informazioni di fatto, determinando le norme applicabili e ragionando in base a queste per trarne logicamente le sue conclusioni circa la pronuncia da emanare (al quale proposito, si ricordi lo schema tipico del ragionamento del giudice di cui sopra al § 6, n. 33).

Quando si dice che il giudice « conosce » (del caso), quando si parla di «cognizione» del giudice, si allude precisamente a queste indagini, che esso deve compiere (e alle quali variamente concorrono gli altri soggetti), in fatto e in diritto, e ai ragionamenti necessarii per arrivare a quelle conclusioni.

Questi caratteri sono comuni alla cognizione penale e a quella civile. Resta a vedere, perchè, nel suo svolgimento, essa sia regolata da discipline così diverse, nel penale e nel civile, da formar materia, per i procedimenti ordinarii, di due codici diversi.

LA DIFFERENZIAZIONE dei due tipi di cognizione (pena-
90 le e civile) è determinata da varie ragioni, di cui accenneremo almeno quelle fondamentali.

Prima di tutto i procedimenti penali sono ordinati sul presupposto, che essi sorgano e si svolgano su esercizio dell'azione pubblica (sopra § 7 nn. 41 e 43) da parte del pubblico ministero (il quale, per apportare al giudice elementi di convinzione è munito di poteri sovrani: sopra § 13, n. 85). I procedimenti civili invece sono ordinati sul presupposto che essi sorgano da esercizio di azione privata (e cioè in relazione alla affermazione di un determinato soggetto di avere azione ad un determinato effetto: sopra § 7 n. 42 e § 10). C'è qualche rarissimo caso, in cui il pubblico ministero promuove anche un procedimento civile (sopra § 7, n. 43). Ma le disposizioni della procedura non sono dettate in vista di questa ipotesi, tanto che quando agisca il pubblico ministero, esso medesimo deve seguire, per analogia (e in quanto applicabili), le disposizioni dettate per l'ipotesi di esercizio della azione privata.

Nell'esercizio dell'azione pubblica penale, di regola deve esser sentito anche l'imputato (cioè colui contro il quale viene provocata l'indagine del giudice). Ma pubblico ministero ed imputato non si trovano, per così dire, sullo stesso piano, in parità di condizioni, come è intuitivo pensando alle pubbliche funzioni ed ai poteri di cui quello è investito. Anzi, per quanto all'imputato sia concesso di difendersi e di portare così a sua volta al giudice elementi di convinzione a proprio favore, si trova però nello stesso tempo ad essere considerato, esso stesso, come materiale umano di indagine, e può, come tale, esser sottoposto a misure coercitive, per ricavare anche da lui e dalle cose sue, prove od indizii circa la verità dei fatti. Può in certi casi essere preventivamente arrestato, privato della libertà, isolato dal mondo, interrogato anzi inquisito anche in istato di arresto, sottoposto ad ispezioni sulla persona, può esser perquisito egli stesso, come può esser perquisita la sua casa, quella dei suoi familiari e di chiunque si sospetti essere in connivenza con lui. Tutto questo, perchè si ritiene di pubblico interesse il risultato, che i reati siano sempre esemplarmente puniti, anche se ciò debba costare dei gravi e penosi sacrifici a qualcuno che, poi, magari risulti innocente oppure a qualche terzo, più o meno estraneo al fatto punibile. In vista dello stesso pubblico interesse sono

consentiti al giudice dei vasti poteri di iniziativa per la ricerca di eventuali prove od indizii.

Ed è per questo, in fondo, che di poteri coercitivi è munito anche il pubblico ministero.

D'altra parte, se le domande o le richieste del pubblico ministero al giudice sono in molti casi (non sempre) condizione legalmente necessaria, perchè il giudice possa inquisire e provvedere, quelle richieste non costituiscono un limite ai poteri del giudice. Questo può procedere anche se il pubblico ministero abbandoni l'accusa; può condannare anche se il pubblico ministero finisca col chiedere l'assoluzione; può condannare per una diversa figura di reato e con pene più gravi.

Tutto diverso è il metodo del procedimento civile. Questo nasce di solito, come abbiamo detto tante volte, dall'affermazione di un soggetto di avere una determinata azione e dalla sua domanda che il giudice provveda, in conseguenza, contro altri. Di solito, anche questi altri possono o devono essere sentiti dal giudice, davanti al quale, anzi, chi agisce (attore) deve provocarli legalmente a comparire, se vogliano difendersi. Con ciò essi prendono la veste di convenuti. Ma attore e convenuto (parti) sono davanti al giudice in condizione di parità, sullo stesso piano. Come l'attore propone la propria domanda, il convenuto può proporre le proprie eccezioni (in senso lato e in senso stretto: sopra § 10 n. 68). Tanto l'uno quanto l'altro, attore e convenuto, possono apportare al giudice degli elementi di convinzione (prove), in ordine ai fatti allegati.

Il giudice, in definitiva, può accogliere o respingere in tutto o in parte la domanda dell'uno e rispettivamente le eccezioni dell'altro, ma non può esorbitare dai limiti della domanda, dare provvedimenti diversi o più gravi di quelli chiesti, come non può accogliere eccezioni in senso stretto, anzi strettissimo (sopra n. 68 cit.), che non siano state legalmente proposte. Esso ha d'altra parte scarsissimi poteri di iniziativa per acquisire al processo elementi di convinzione intorno ai fatti, che gli siano stati esposti od allegati dall'una o dall'altra parte. Bisogna che siano le parti medesime

(ciascuna nel proprio interesse), a fornirgli o additargli le prove. E la legge, ponendo in questo modo a carico delle parti l'onere di provare, prescrive al giudice se e come debba condannare od assolvere, quando l'uno o l'altro non provi quanto occorre, a fondamento della propria azione o delle proprie eccezioni.

Nessuna delle parti, nè attore nè convenuto, può esser sottoposto a misure coercitive agli effetti dell'indagine; niente arresto preventivo, niente perquisizioni, niente interrogatorii a scopo di inquisizione; anche di fronte ai terzi, i poteri del giudice sono più limitati, agli effetti delle eventuali indagini.

Tutto questo si giustifica, in radice, con la considerazione consueta, che le sanzioni civili funzionano come garanzia di diritti soggettivi o di interessi protetti dei singoli soggetti, e non vi è un pubblico interesse alla loro applicazione, se questi non la chiedano (sopra § 7, n. 42). Ma questa considerazione si collega ad un'altra di essenziale importanza pratica per il processo, e cioè che non vi è un pubblico interesse, e soprattutto non vi sarebbe la possibilità pratica, di creare degli apparati di indagine così complessi e così gravosi, come quelli che servono ai fini del procedimento penale, per appurare rispetto ai singoli casi la verità. Di qui la ragione, per cui si vuol istituito il contraddittorio fra soggetti attivi e passivi dell'azione e si lascia fondamentalmente alla loro iniziativa e alla loro responsabilità fornire al giudice le informazioni e le prove. In questo, lo Stato non si fa tutore dei singoli. Si provvedano essi stessi, sotto la spinta del loro proprio interesse; e se non si provvedono, peggio per loro. Questo è il criterio della legge.

A proposito del quale, è anche utile aggiungere che nell'ordinamento del processo, per giungere a risultati attendibili, è utile seguire risolutamente o il metodo della iniziativa e dei poteri di ufficio (come in penale) o quello della iniziativa e della responsabilità delle parti (come in civile). Una via di mezzo, che conferisse al giudice dei poteri di iniziativa, ma senza quella ampiezza e senza tutti quei mez-

zi e quei sussidii che ha a sua disposizione nel procedimento penale (e che per lo stesso scopo sono dati anche al pubblico ministero), finirebbe col dare dei risultati più lontani dalla verità e dalla giustizia, di quel che non possa dare il metodo della iniziativa delle parti. L'interesse al successo è il più forte incentivo e il migliore ammaestramento per le parti, affinchè arrechino al giudice, ciascuna dal proprio punto di vista, tutti gli elementi utili; e fra questi, scegliendo e coordinando, il giudice può pervenire ad una approssimazione alla verità, sufficiente per i fini del sistema delle sanzioni civili, senza aberrazioni cervellotiche e senza radicali fraintendimenti. Per questo soprattutto, la procedura civile si differenzia così profondamente da quella penale; e riteniamo che sarebbe una sciagurata illusione, credere di far meglio, contemperando e confondendo i due metodi.

A questa diversità di metodi si coordina la possibilità, data alle parti, di precostituirsi delle prove in ordine al fondamento dei proprii diritti, delle proprie azioni e delle proprie eccezioni, in vista di eventuali litigi o contestazioni, prove alle quali la legge attribuisce *a priori* una determinata efficacia anche per il giudice, quando ne sorga un giudizio civile. Fenomeno questo, assolutamente estraneo ed ignoto al procedimento penale per ciò che riguarda la prova del reato. Basterà ricordare in proposito le regole, che qui supponiamo già note (e che ricorderemo meglio, del resto, in seguito), sulla confessione anche stragiudiziale (art. 1355 e segg. cod. civ.), sugli atti pubblici (artt. 1315 e segg. cod. civ.) e sulle scritture private (art. 1320 e segg, cod. civ. e 44 cod. comm.), alle quali corrispondono delle limitazioni nella ammissibilità della prova testimoniale a certi fini nel processo civile (es. art. 1314 e art. 1341 e segg. cod. civ., 44 già citato cod. comm. ecc.).

Chiarite così le precipue ragioni della differenziazione fra i modi e i procedimenti di cognizione penale e civile, noi dovremo abbandonare ormai, nel seguito della trattazione, il procedimento penale, come materia di altri studii e di altri insegnamenti, e concentrare la nostra attenzione sui procedimenti civili (sempre in senso lato). C'è ancora

un punto però, che direttamente ci interessa, in relazione al procedimento di cognizione penale, ed è quello che riguarda il coordinamento fra l'esercizio dell'azione penale e dell'azione civile, quando uno stesso fatto possa dar origine all'una ed all'altra (v. sopra: § 7, n. 44), ed anche quando — bisogna aggiungere — l'accertamento di un punto (pregiudiziale), che per sua natura dovrebbe avvenire nelle vie del procedimento civile, abbia una influenza per determinare, se in un certo fatto si possano o non si possano ravvisare gli estremi di un reato, ciò che è materia di procedimento penale.

Il COORDINAMENTO, nell'ipotesi che uno stesso fatto
91 possa dar luogo ad azione penale e ad azione civile, avviene in diverso modo, secondochè per la sussistenza o la punibilità del reato sia o non sia richiesta la querela di parte (su di che v. sopra § 7, n. 43, in fine).

Quando si tratti di un (vero o sospettato) reato di azione pubblica, la cognizione penale, nell'accertamento del fatto, ha la precedenza o la prevalenza. I soggetti ai quali spetta o spetterebbe l'azione civile, hanno la scelta fra due vie: possono attendere che il giudice si sia pronunciato in sede penale — e poi agire nelle forme del procedimento civile, nel qual caso la sentenza penale ha autorità di cosa giudicata sulla sussistenza del fatto (compresi gli estremi del dolo e, fino ad un certo segno, anche della colpa) agli effetti del giudizio civile. Oppure possono proporre la propria domanda per la condanna civile a loro favore (o per l'accertamento degli estremi di altre sanzioni civili) nello stesso procedimento penale, mediante la formalità della « costituzione di parte civile », nel qual caso è il codice di procedura penale, che disciplina le funzioni e le attività, che la parte stessa può esplicare nel procedimento stesso, in vista del proprio particolare interesse.

Analogamente, se vi siano dei « civilmente responsabili » del fatto doloso o colposo altrui (reato), possono esser chiamati od intervenire nel procedimento penale a proporre in proposito le loro ragioni ed esplicare, nel proprio interesse, una attività processuale per la assoluzione dell'imputato.

Ciò, perchè, anche rispetto a loro, la sentenza penale viene ad avere poi autorità di cosa giudicata sulla sussistenza del reato.

È conseguente a questo sistema, che, se il giudizio civile sia stato iniziato in precedenza, deve esser sospeso tutte le volte che i fatti considerati diano luogo anche successivamente a persecuzione penale, salvo anche in questo caso la scelta alle parti o di intervenire in sede penale o di attendere l'esito. Si vedano in proposito gli artt. 3, 22 e segg. 107 e segg. e disposizioni complementari e connesse del codice di procedura penale.

Quando il fatto sia punibile come reato solo a querela di parte, se la parte interessata propone la querela, si applicano le norme precedenti, ma se promuova invece con precedenza il giudizio civile, perde la possibilità di proporre la querela ed ha corso unicamente il giudizio civile.

Può verificarsi anche la ipotesi, del tutto diversa, che durante un procedimento penale emerga, che la sussistenza o la figura di un reato dipende dalla soluzione, che si dia ad una questione pregiudiziale civile. Così, per esempio, quando si proceda per un supposto reato di alterazione od occultazione di stato (artt. 567 e 568 cod. pen.), può essere che occorra stabilire innanzitutto, quale sia lo stato di famiglia al quale ha diritto, secondo le leggi civili, la supposta vittima del reato. Quando si proceda per un supposto reato contro la proprietà o in genere contro il patrimonio, può essere che occorra stabilire a chi appartenevano, secondo le leggi civili, le cose che sono state oggetto di un supposto furto, di una supposta appropriazione, di una violenza ecc. Allora nel primo ordine di casi (questioni di stato) il giudice deve sospendere il procedimento penale, fino a che non sia risolta la questione civile. Nel secondo ordine di casi invece, può sospendere e rimettere il punto pregiudiziale al giudice competente in sede civile, oppure risolvere esso medesimo anche la questione pregiudiziale, in sede penale. Si vedano in proposito gli artt. 19 e segg. del codice di procedura penale.

E torniamo, dopo di questo, alla cognizione civile propriamente detta.

§ 15. — *Lineamenti generali del procedimento ordinario di cognizione civile, dei procedimenti per decreto e dei procedimenti cautelari.*

COGNIZIONE CIVILE: il procedimento ordinario nelle sue
92 somme linee fondamentali, spogliato dei molti accidenti che possono complicarne il corso, può ridursi allo schema seguente:

la parte che vuol far valere una propria azione civile (affermata o pretesa), deve proporre la sua domanda mediante un atto di citazione dei soggetti passivi (dell'azione affermata o pretesa), a comparire per difendersi, davanti al giudice competente (scegliendo cioè fra i varii organi giudiziarii quello od uno di quelli, che la legge indichi come idonei in modo specifico a conoscere della domanda, secondo il tenore del suo contenuto). La citazione deve farsi per il tramite di un funzionario, addetto alla autorità giudiziaria, che è l'ufficiale giudiziario. Da questo momento si può dire, che il processo è sorto e « pende ».

Successivamente — secondo tempo — attore e convenuto possono esporre (per iscritto od oralmente) al giudice le proprie ragioni. Il convenuto potrà proporre cioè le proprie eccezioni e l'attore a sua volta le sue « repliche » (od anti-eccezioni), con che verrà ad esser determinata la materia del contendere. Ciascuno fornirà in proposito al giudice quegli esposti informativi, che crede di proprio interesse, secondo il proprio punto di vista. Ma con questo non si esauriscono certamente le funzioni delle parti; esse hanno a proprio carico l'onere della prova dei fatti, che rispettivamente invocano a fondamento dell'azione o della eccezione. Se l'attore non prova il fondamento dell'azione, si espone a veder rigettata la domanda. Se il convenuto, di fronte alla prova, che l'attore dia od offra del fondamento dell'azione, non provi a sua volta il fondamento delle sue eccezioni, resta a sua volta esposto a soccombere, cioè a veder accolta la domanda.

Gli uni e gli altri, se dispongano di prove precostituite, possono esibirle senz'altro al giudice (« produrle ») ad ap-

poggio dei loro esposti. Ma se abbiano bisogno invece di far sentire testimonii, di far procedere a perizie o ad altri indagini o sperimenti (prove orali o semplici), anche per stabilire eventualmente la efficacia delle prove precostituite prodotte, bisogna che le « deducano » in modo specifico e chiedano al giudice che, esercitando i suoi poteri, assuma le testimonianze, nomini i periti, prescriva loro il compito, proceda alle altre indagini richieste ecc. Il giudice, prima di impiegare per questo i proprii poteri e la propria attività, dovrà esaminare, se sono ammissibili secondo la legge e se sono concludenti ai fini del decidere. In caso affermativo provvederà in conseguenza, e così anche queste resteranno acquisite al processo.

Finalmente — ultimo tempo (se non sorgono ostacoli o complicazioni) — il giudice deciderà, appurando i fatti secondo le risultanze delle prove e ragionando su queste, per accogliere o rigettare domanda od eccezioni, secondo le norme di diritto applicabili, con quel tale schema di ragionamento già tante volte ricordato. E così il giudice emetterà finalmente la sua pronuncia.

Queste linee fondamentali del procedimento appaiono, se non andiamo errati, molto chiare e molto semplici.

COMPLICAZIONI nel corso del procedimento possono sor-
93 gere, perchè il giudice può trovarsi, strada facendo, a dover risolvere questioni pregiudiziali od « incidentali », prima di venire al merito della causa (cioè al contenuto e fondamento sostanziale della domanda e delle eccezioni). Dovrà verificare, per esempio, pregiudizialmente, se le parti sono capaci o legittimamente rappresentate od assistite, se egli stesso (giudice) è competente, se sono state osservate le forme volute ecc. ecc. Nel qual caso, se concluda negativamente, dovrà decidere semplicemente di non poter conoscere, nè decidere del merito.

Abbiamo già detto d'altra parte, che, se siano dedotte delle prove orali o semplici, il giudice dovrà decidere, strada facendo, se deve o meno darvi corso. Altre questioni incidentali possono sorgere, perchè può essere che,

una volta istituito il giudizio fra certe parti, si presentino dei terzi sostenendo di potervi o di dovervi partecipare o può essere, che una parte già in giudizio ritenga di dovervi far intervenire dei terzi; può essere che si discuta e si debba decidere se di più azioni, talvolta anche se proposte da soggetti diversi, debba trattarsi in un solo procedimento o in procedimenti distinti; e così di seguito.

Ma soprattutto può complicarsi il corso del processo, per effetto delle impugnative od impugnazioni proponibili (appello, cassazione ecc.), prima che una pronuncia (sentenza) divenga definitiva ed acquisti valore ed efficacia di provvedimento finale (v. sopra n. 86). Ed ancor più si complica, perchè, quando non ci sia l'accordo delle parti, il giudice, secondo il codice vigente, deve decidere anche le questioni pregiudiziali ed incidentali per sentenza impugnabile, cosicchè uno stesso processo può scomporsi, per così dire, in non si sa quante fasi di vario grado, fino ad arrivare (se ci arriva) al suo risultato finale, in ordine al merito. Ciò rende qualche volta perfino difficile cogliere nella loro semplicità le linee fondamentali, soffocate sotto queste soprastrutture episodiche. Ma quando si riesca a spinger lo sguardo al di sotto dei multiformi episodii esteriori, le linee che si ritrovano, sono quelle che abbiamo più sopra sommariamente tracciate.

Di grandissima (anzi talvolta soverchiante) importanza pratica, rispetto a questi procedimenti, è poi la materia e il regime delle « spese » e dei danni.

LE SPESE processuali traggono origine da ciò, che le
94 attività che devono svolgere le parti, per giungere allo scopo ed evitare una eventuale soccombenza, costano danaro, oltrechè tempo e fatica. Costano, perchè molte volte è prescritto di farsi rappresentare in giudizio da professionisti a ciò autorizzati (procuratori legalmente esercenti) e praticamente affidare a loro stessi o ad avvocati (professionisti a loro volta) lo svolgimento delle difese; costano, perchè gli atti processuali sono soggetti a gravose formalità fiscali (bollo e registro); perchè bisogna corrispondere, talvolta,

delle altre tasse speciali per le attività che si richiedono agli stessi uffici giudiziarii, bisogna naturalmente retribuire i periti, indennizzare i testimoni ecc.

Ognuna delle parti si trova a dover anticipare nel proprio interesse queste spese (salvo che per la sua povertà non ottenga un provvedimento speciale di esenzione: ammissione al gratuito patrocinio). Ma il giudice, decidendo della causa, deve decidere poi anche del carico definitivo di queste spese e deve condannare, di regola, la parte soccombente a rimborsarle a quella vittoriosa.

Tutto questo aggrava enormemente il peso e il rischio di chi affronta, sia come attore che come convenuto, l'alea di un litigio, con l'eventualità di rimanere soccombente. Ma può rappresentare un peso od un onere anche per chi esca vittorioso, sia perchè in pratica non si riesce mai a recuperare integralmente tutte le spese effettive, sia perchè si può correre oltretutto il rischio della insolvenza del soccombente.

In pratica, bisogna dunque tenere grandissimo conto di questo aspetto del fenomeno, quando si tratti di prendere le proprie determinazioni sul modo e sull'opportunità di chieder giustizia, e ne riparleremo sotto questo aspetto nell'ultimo capitolo di questa prima parte.

Teoricamente si dovrebbe aggiungere, che chi promuova o sostenga di mala fede o con colpa grave litigi infondati (lite temeraria), dovrebbe esser condannato anche ai danni per le molestie arrecate (per il discredito, per il turbamento negli affari ecc.) alla parte vincitrice. Ma questa disposizione, scritta nel codice, è rimasta praticamente sterile.

La responsabilità per danni può avere piuttosto una importanza pratica rilevante in un'altra ipotesi.

Il sistema della impugnabilità e della impugnazione delle sentenze, è temperato nel senso, che, per disposizione di legge o per espressa statuizione del giudice, possono talvolta esser dichiarate provvisoriamente « esecutive » anche delle sentenze tuttora impugnabili (od impugnate). In questo caso, la parte che ha ottenuta una sentenza favorevole, può darvi o farvi dare esecuzione, come se la sentenza fosse definitiva. Però, se a seguito della impugnativa altrui, la sentenza venga riformata od annullata, vengono naturalmente annullati anche gli atti esecutivi compiuti nel frattempo; e la parte contro la quale era stata promossa la esecuzione, deve esser restituita o rimessa « in pristino ». A questo effetto, la parte che aveva proceduto, può esser condannata, anche al risarcimento dei danni, causati con l'esecuzione medesima. Il che vuol dire, in altri termini, che essa eseguisce « a suo rischio e pericolo », come avviene, del resto, come vedremo fra breve, in molti altri casi, nei quali l'esecuzione si promuove in base ad un titolo ancora soggetto a contestazioni.

Fin qui abbiamo parlato del procedimento di cognizione civile ordinario, normale o tipico, di cui al primo libro del codice di procedura civile.

Non facciamo citazioni più dettagliate di articoli, perchè tutta questa materia sarà svolta in dettaglio nella parte speciale.

PROCEDIMENTI SPECIALI vi possono essere anche nel
95 campo della procedura civile di cognizione. Talvolta essi trovano luogo fra parti private e davanti ad organi (più o meno modificati nella loro composizione) dell'autorità giudiziaria ordinaria. Così avviene, per esempio, per le controversie individuali del lavoro, per le controversie in materia di infortunii, per la liquidazione degli usi civici ecc. Fra questi procedimenti speciali, una importanza particolarissima assumono i procedimenti per decreto (preordinati a provvedimenti di merito) e i procedimenti cautelari. E gioverà, che nel nostro quadro attuale inseriamo un cenno degli uni e degli altri.

Procedimenti speciali trovano luogo poi — ma questi di solito davanti a giurisdizioni speciali — quando sia interessata in controversie civili la pubblica amministrazione. Di questi bisognerà che facciamo cenno separato, in un paragrafo apposito (§ 15).

PROCEDIMENTI PER DECRETO, a scopo di provvedimenti
96 sul merito, trovano luogo soprattutto nei casi in cui la legge

prevede la emanazione di decreti ingiunzionali e nello sfratto per fine o per risoluzione di locazione di immobili.

Sono procedimenti destinati ad abbreviare i tempi e arrivare rapidamente ad un provvedimento definitivo, nella ipotesi, che non vi sia (o si presuma che non vi sia) materia per una seria e fondata resistenza alle pretese dell'attore (o meglio di chi, secondo le regole del procedimento ordinario, avrebbe dovuto farsi attore nelle forme della citazione).

Chi abbia (o meglio pretenda di avere) diritto a conseguire da altri una prestazione o a conseguire il possesso di cose mobili e sia munito di una prova precostituita scritta, può chiedere che il giudice competente, sulla produzione di tale prova, emani a carico dell'obbligato o degli obbligati (alla prestazione o alla consegna), senza la loro previa citazione davanti a lui (e cioè su ricorso), un decreto, con cui ingiunga loro di prestare o di consegnare.

Il decreto viene notificato a cura dell'attore all'obbligato od agli obbligati, ai quali viene fissato un termine per fare opposizione. Se costoro non propongono l'opposizione nel termine, il decreto acquista la efficacia di provvedimento definitivo a loro carico. Il concorso di questi due elementi: prova scritta esibita al giudice e difetto di opposizione, fa presumere, che essi non abbiano in realtà nulla da eccepire nel merito, e questo giustifica come si dia efficacia finale al decreto.

Può esservi opposizione. Questa si propone da colui o da coloro ai quali sia stato notificato il decreto, e si propone nella forma di una citazione, intimata a colui che lo ha ottenuto e notificato, provocandolo a comparire davanti al giudice, affinchè questi conosca, in contraddittorio, dei motivi di opposizione. In questo modo, è la parte a cui sostanzialmente è diretta l'azione, che formalmente prende la posizione procedurale di attrice, in opposizione al decreto. Ma del resto, una volta instaurato in questo modo il giudizio, il giudice deve ormai conoscere delle rispettive ragioni, secondo le linee fondamentali del procedimento ordinario),

che conosciamo, salvo qualche adattamento di carattere secondario.

Quanto al procedimento per decreto relativo alle locazioni, è stato introdotto per i casi in cui il locatore intenda riavere il possesso dell'immobile locato allo scadere del contratto — o anche prima della scadenza, se il conduttore sia in mora nel pagamento dei canoni e dia causa per ciò alla risoluzione anticipata del contratto —.

Il procedimento si inizia con la notificazione al conduttore di un atto di licenza o intimazione di sfratto, con contestuale citazione a comparire davanti all'autorità giudiziaria per la convalida.

Se il conduttore, citato, non compare (o comparendo non propone eccezioni), la licenza o la intimazione viene resa esecutiva (e diventa definitiva), con analogia a quanto avviene per il decreto di ingiunzione, al quale non sia stata fatta opposizione. Se il conduttore compare e solleva eccezioni, si apre un giudizio ordinario di cognizione, anche qui con analogia a quanto avviene, quando sia fatta opposizione al decreto di ingiunzione.

Anche in questi procedimenti le spese sono a carico del soccombente, ma aggravate o inasprite nel loro ammontare, per la parte che avventatamente chieda il provvedimento o di quella che senza ragionevole fondamento vi si opponga.

Su qualche altro caso, in cui il giudice può provvedere sommariamente per decreto o in altra forma analoga, riservando ad un tempo successivo la cognizione piena e definitiva, è qui il caso di sorvolare.

Anche in questi procedimenti, può avvenire che il decreto (o lo sfratto) sia reso provvisoriamente esecutivo, prima che il giudizio di opposizione abbia avuto corso ed abbia dato luogo ad una sentenza definitiva.

Naturalmente però chi promuove la esecuzione, la promuove « a proprio rischio e pericolo », e può esser condannato anche al risarcimento dei danni, quando la sentenza definitiva annulli o revochi il decreto o i provvedimenti provvisoriamente esecutivi, dati nel frattempo, accertando in conclusione che l'azione era infondata.

I PROCEDIMENTI CAUTELARI possono considerarsi an-
97 ch'essi come procedimenti speciali, non soltanto (o non sempre) per la loro forma, quanto piuttosto (e sempre) per la particolare finalità a cui tendono.

Essi sono stati introdotti dalla legge per la considerazione che, dato il tempo che occorre per giungere fino ad un provvedimento definitivo su di una azione civile, può succedere che nel frattempo si verifichino degli avvenimenti, che lo rendano tardivo ed ormai vano per i suoi fini pratici.

A questo stesso ordine di considerazioni sono ispirate, in fondo, e almeno in parte, anche le disposizioni che ammettono, come abbiamo accennato, la esecuzione provvisoria, di sentenze o di decreti non divenuti definitivi. Ma nei procedimenti cautelari c'è qualche cosa di più (o di meno) e di diverso, che merita di essere particolarmente rilevato, con riferimento ai casi principali preveduti e regolati dalla legge.

Di particolare importanza fra questi, sono i casi ed i procedimenti di sequestro.

Si faccia l'ipotesi di qualcuno che pretende di essere creditore verso altri e di avere verso costoro la relativa azione di condanna (o magari la possibilità di provocarne il fallimento). Intanto che esercita la sua azione, può succedere che il debitore distragga, disperda od occulti i suoi beni, soprattutto i beni mobili. Per quanto ci siano delle sanzioni penali comminate per questa ipotesi (art. 388 e 641 cod. pen.) il fatto resta sempre possibile. Per prevenirli, la legge consente che il (vero o sedicente) creditore, dimostrando sommariamente al giudice la probabilità, che il suo credito effettivamente sussista, nonchè i sintomi del pericolo che il debitore faccia sparire i suoi beni mobili, può ottenere che il giudice gli accordi un provvedimento di « sequestro conservativo ». In forza di questo provvedimento, egli (vero o sedicente creditore) può far eseguire giudizialmente degli atti con cui si accerta la sussistenza dei beni, se ne toglie al debitore la disponibilità e li si pongono sotto custodia di un « sequestratario ». Questi atti si compiono nelle forme della procedura esecutiva (di cui più oltre al § 17),

cioè nelle forme del pignoramento, ma si fermano quando sia ottenuto così lo scopo « conservativo ». In questo modo il creditore, quando in seguito all'esercizio della azione per la decisione del merito, avrà effettivamente dimostrato di esser tale, ha la certezza di trovare ancora (conservati) i beni, sui quali promuovere la esecuzione ulteriore, propriamente detta.

Se, viceversa, dall'esercizio della azione (pretesa) venga a risultare che il credito in realtà non sussisteva, cadrà il sequestro e, secondo i criterii già accennati più sopra, anche a proposito di esecuzione provvisoria, il sedicente creditore che ha proceduto al sequestro a suo rischio e pericolo, risponderà dei danni. Differisce però il sequestro da una esecuzione provvisoria, perchè il provvedimento che lo concede, non autorizza una esecuzione condotta fino in fondo ; e d'altra parte è dato su di un semplice esame di « probabilità ».

Esso può esser chiesto e concesso o in via incidentale, quando sia già pendente l'azione principale per il merito (e dallo stesso giudice), o a seguito di una domanda separatamente proposta in modo autonomo (anche ad un giudice diverso), e di solito con una cognizione rapidissima e sommaria (senza contraddittorio). Segue poi in questo caso un controllo successivo più approfondito (ma sempre sulla semplice probabilità e sulla sussistenza del pericolo), in contraddittorio, e che si suol chiamare «giudizio di convalida» o di conferma. Importa avvertire, che se, anche prima del giudizio definitivo di merito, la convalida o la conferma venga negata e il sequestro già eseguito venga annullato o revocato, (il che può avvenire anche perchè non siano state osservate le forme e i termini prescritti), la parte che ha eseguito a suo rischio e pericolo, risponde dei danni, oltre che delle spese. E ciò — bisogna aggiungere — rende il sequestro conservativo un provvedimento che importa dei gravissimi rischii, per chi lo chiede e lo eseguisce.

Un sequestro può esser concesso anche quando si contenda fra più persone della proprietà o del possesso di una cosa o del diritto a conseguirla od a servirsene a determinati fini, se vi sia nel frattempo pericolo di sottrazione, alterazione o cattiva amministrazione. Questo sequestro può

esser concesso anche per beni immobili, per intere aziende o magari per interi patrimonii nel loro complesso (ad esempio un patrimonio ereditario, di cui si contenda a chi spetti o come vada diviso). Anche qui lo scopo è conservativo, ma l'esecuzione avviene nelle forme della consegna o del rilascio della cosa (o dell'azienda o del patrimonio) al « sequestratario » e serve ad assicurare che, a seguito del giudizio di merito, l'avente diritto conseguirà effettivamente (attraverso il sequestratario) la cosa (o la quota), che gli spetta. Questo sequestro, per distinguerlo dal conservativo propriamente detto, si chiama « giudiziario ».

Questo può ottenersi in forma sommaria e sbrigativa, se vi sia già giudizio pendente per il merito (e dallo stesso giudice); altrimenti, bisogna chiederlo in contraddittorio nelle forme ordinarie, con una lentezza che lo rende scarsamente efficace. Anche questo si eseguisce a rischio e pericolo di chi lo abbia ottenuto, ma qui il rischio dei danni, e per ragioni di sostanza e per ragioni di forma, è in molti casi praticamente minore, che non nel caso di sequestro conservativo propriamente detto.

Provvedimenti cautelari di tutt'altro tipo, possono ottenersi nei casi di denuncia di nuova opera e di danno temuto, previsti dagli artt. 698 e 699 del codice civile. Qui non si può attendere a provvedere, fino a quando si sia definitivamente deciso, se ci sia o non ci sia il diritto di costruire l'opera nuova o a chi spetti di rimuovere il pericolo o in che modo lo si debba rimuovere, perchè intanto l'opera potrebbe venir compiuta o potrebbe verificarsi l'evento dannoso che si teme (come il crollo di una casa o il franamento di un terreno). Ciò sarebbe, in definitiva, di maggior pregiudizio per tutti, o almeno dell'una o dell'altra delle parti. Onde la possibilità di ottenere intanto, con un procedimento sommariissimo, dei provvedimenti provvisorii, sopra un semplice esame di probabilità, salvo decidere poi in definitiva circa le sorti dell'opera o circa le riparazioni o le demolizioni da eseguirsi.

Altri provvedimenti cautelari, sopra un semplice esame di probabilità, possono ottenersi per conservare o precostituire delle prove, in vista di futuri giudizii, quando vi sia il timore che vadano disperse (così ad esempio nel caso dell'art. 71 cod. comm.; così in materia di alimenti; in materia di custodia e di educazione della prole, quando si discuta di separazione fra coniugi o di diritto all'esercizio della patria potestà, e in qualche altro caso, sul quale possiamo per ora sorvolare).

A proposito di tutti questi casi, sorge teoricamente il problema, se possa parlarsi di un diritto o di una azione (in senso sostanziale), per conseguire il provvedimento conservativo, provvisorio o provvisionale (su una base di probabilità), come diritto ed azione distinta, e diversa da quella che tende al provvedimento di merito. A noi sembra veramente di no. La possibilità di ottenere provvedimenti del genere, non è data che come un'anticipazione, qualche volta necessaria, dell'eventuale provvedimento definitivo di merito. Se la parte interessata ottenga poi a proprio favore tale provvedimento (definitivo di merito), allora quello cautelare assumerà il carattere di spediente stromentale, che ha servito ad assicurare preventivamente il risultato pratico, a cui la parte tendeva. Se il provvedimento definitivo di merito venga negato, si verrà semplicemente a rivelare (come nel caso di provvedimenti di merito provvisoriamente esecutivi e poi riformati od annullati), che la parte in realtà non vi aveva diritto; ha infondatamente ottenuto (a suo rischio) un provvedimento di supposto carattere stromentale, là dove in realtà non aveva una azione (fondata) per ottenere il provvedimento finale; ed è per questo che risponde dei danni, oltre che delle spese.

§ 15. *Brevi cenni dei procedimenti in materia di giustizia amministrativa.*

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA, è una espressione, più o
98 meno felice, con la quale si suol alludere a tutti i casi ed i modi in cui può avvenire, che un organo di giustizia (giudice) sia chiamato a dare provvedimenti (e cioè applicare

sanzioni piene o talvolta semipiene) nei rapporti fra singoli soggetti di diritto da un lato e lo Stato od altri enti pubblici dall'altro lato o enti assimilati, per questo effetto, a quelli tradizionalmente considerati come pubblici (enti « parastatali », enti soggetti a particolari ingerenze amministrative o di controllo). Il fenomeno dell'intervento di organi di giustizia (giudici) in questi rapporti, si spiega e si giustifica per il fatto, che lo Stato e gli altri enti pubblici operano, come tutte le persone giuridiche, per mezzo di organi od uffici, e che delle norme giuridiche, possono essere prescritte od imposte anche in ordine alle funzioni ed alle attività di questi varii organi od uffici, e può anche succedere che siano violate, onde la possibilità almeno astratta di trovare, in questo, materia di applicazione di sanzioni (v. sopra § 5, n. 31). Nulla esclude, che anche in questo campo siano protetti direttamente o vengano ad essere occasionalmente protetti, degli interessi individuali altrui. Nulla esclude, per altro verso, che certe norme proteggano direttamente o indirettamente interessi dello Stato o di enti pubblici contro l'operato od il comportamento altrui, e che trovino anche queste la loro garanzia in applicazione di sanzioni. Onde può essere, che da queste norme sorgano azioni civili da parte di altri soggetti contro lo Stato o contro enti pubblici o viceversa di questi ultimi contro di quelli, azioni il cui esercizio avviene nelle forme dei procedimenti civili o in forme analoghe.

Il caso di azione in giudizio dello Stato o di altri enti pubblici, è relativamente raro, perchè questi enti sono dotati, in maggiore o minore misura, di poteri sovrani (proprii per quel che riguarda lo Stato, derivati o limitati per gli altri), per cui possono imporre ad altri, anche con mezzi coercitivi, la propria volontà. Da questo punto di vista si suol dire, che gli atti amministrativi sono di per sè esecutorii od esecutivi contro chiunque, e che gli organi a cui è demandata la loro emanazione od attuazione, possono provvedervi con mezzi proprii, senza bisogno di ricorrere agli organi di giustizia (giudici), per rimuovere le resistenze o le inosservanze altrui.

Può anche avvenire, tuttavia, che le stesse norme che regolano l'attività amministrativa, consentano od impongano a certi organi (od in certe contingenze) di operare nei riguardi altrui, uniformandosi alle stesse norme giuridiche che varrebbero, in casi analoghi, fra soggetti privati, e che, in caso di resistenze o di inosservanza, possano o debbano invocare l'intervento del giudice. Nel quale caso si parla, tradizionalmente (e sarebbe utile non abbandonare questa tradizione), di atti degli enti pubblici compiuti in via di gestione (e non con potestà di impero), al modo o secondo il modo dei privati, e di rapporti soggetti alle norme civili ordinarie. Allora ci può essere anche azione in giudizio dello Stato o dell'ente pubblico (o per essi dei loro organi) contro o di fronte ad altri soggetti (anche privati), nei modi ordinarii, come ci può essere azione di questi ultimi soggetti (anche privati) contro lo Stato o contro quegli enti, nei modi ordinarii. Così avviene, per esempio, quando organi od uffici pubblici siano autorizzati a contrattare e contrattino con altri soggetti, all'uso o nei modi proprii dei privati, per esempio acquistando o vendendo dei beni, contrattando delle forniture o degli appalti, delle prestazioni di servigi ecc.

Altre volte troviamo attuati dei sistemi o dei metodi in un certo senso ibridi. Per esempio, può esser che lo Stato o l'ente pubblico possa creare a se stesso, con un proprio atto amministrativo, il titolo per percepire qualche cosa da altri (imposte, redditi provenienti da beni demaniali, ecc.). Allora la prima fase (formazione del titolo) si svolge con atti amministrativi sovrani o di impero. Ma quando si viene alla esecuzione, vediamo l'ente pubblico invocare contro i soggetti recalcitranti l'intervento del giudice (v. più oltre).

Più spesso avverrà tuttavia (almeno per quanto concerne lo Stato), che esso provveda alla formazione ed esecuzione, anche coercitiva, dei proprii atti, in via esclusivamente amministrativa, esercitando ai proprii fini i suoi poteri sovrani, di impero, anche per imporne l'osservanza o il rispetto. Nel qual caso si suol parlare di atti ammini-

strativi (di impero) « esecutorii » e di « esecutorietà » amministrativa.

Ma i suoi organi od i suoi uffici devono, anche in questi casi, operare col rispetto di discipline giuridiche di competenza (amministrativa), e con l'osservanza di prescrizioni di forma e di limiti di sostanza. Se trasgrediscano le relative norme, può esser data agli altri soggetti, i cui interessi siano pregiudicati o lesi da quegli atti, la possibilità di invocare l'intervento del giudice.

Tutta questa è materia di « giustizia amministrativa » in senso lato, sebbene questa espressione si usi più specialmente per alludere ai casi in cui altri soggetti possano insorgere contro atti o provvedimenti, dati od eseguiti con pubblici poteri.

Lo studio della giustizia amministrativa, nei suoi dettagli, esula dall'ambito della nostra trattazione, perchè inscindibilmente connesso con lo studio del diritto amministrativo. Bisogna tuttavia che ne facciamo un rapidissimo richiamo in questa parte generale, affinchè sia più completo il nostro quadro della amministrazione della giustizia e dei suoi modi. Ne tocchiamo a questo punto della nostra trattazione (dopo il primo accenno del § 5), perchè le singolarità del regime della giustizia in questo campo, si notano sopratutto a proposito di giudizii di cognizione.

L'AZIONE CIVILE ordinaria, nelle forme ordinarie della
99 cognizione, può essere esercitata da pubbliche amministrazioni o contro di esse, come s'è detto più sopra, in dipendenza di atti compiuti a loro volta a titolo di gestione, secondo le norme ordinarie del diritto civile (o magari commerciale: cfr. art. 7 cod. comm.).

In questi casi, non c'è niente di particolare da osservare al riguardo, se non che talvolta può esserci la designazione di un giudice speciale. Però il giudice è munito degli ordinarii poteri stromentali e finali, e può dare in definitiva provvedimenti di accertamento costitutivi o di condanna, come di solito (su di che si ricordi sempre quanto esposto in linea generale al § 8).

Cominciamo a notare delle differenze nell'esercizio dell'azione civile in quegli altri casi, in cui l'azione civile è ammessa, non ostante che la pubblica amministrazione abbia emanati dei provvedimenti con poteri di impero (atti muniti di « esecutorietà » amministrativa). Qui c'è tutta una serie di distinzioni da fare, che si intrecciano e si complicano, talvolta, a tal segno da lasciare dei dubbii sulla via e sul modo da adottare.

Può essere, che anche là dove la pubblica amministrazione può provvedere con poteri di impero, ci siano però delle norme giuridiche, che pongono ai relativi organi od uffici, doveri tassativi di rispetto di certi determinati interessi individuali altrui, all'effetto specifico di tutelarli. Secondo le nozioni che abbiamo dato fino dal principio del corso (§ 3, n. 9), questi interessi vengono ad assurgere, in tal caso, alla figura di diritti soggettivi o di interessi direttamente protetti, anche contro gli atti amministrativi di impero.

In questa ipotesi bisognerà esaminare i relativi ordinamenti, per determinare quale sia il modo di ottenerne la tutela in via di sanzione (civile), quando questi diritti risultino violati. Può essere che vi siano a questo effetto dei giudici speciali (giurisdizioni speciali amministrative). Quando c'è un giudice (giurisdizione) speciale competente, bisognerà adire quel giudice e vi saranno allora a questo effetto anche delle discipline speciali di procedura da osservare, per agire davanti a lui. Però (almeno normalmente) questi giudici speciali saranno muniti di pienezza di poteri, compreso quello di annullare o modificare in via costitutiva l'atto amministrativo, (non ostante il suo carattere di atto di impero, « esecutorio »), per eliminare la violazione o porvi riparo (sempre nel senso di cui, in generale, al § 8), Così, per esempio, in materia di acque pubbliche, quando vi sia violazione di un diritto soggettivo, bisognerà adire nelle relative forme speciali i tribunali delle acque pubbliche; in materia di imponibilità o di imposizione di certi tributi (imposte, tasse, sopratasse, ecc.), bisognerà adire le relative commissioni speciali; in materia di pub–

blico impiego, bisognerà adire le giunte provinciali amministrative od il consiglio di Stato (sezioni giurisdizionali) ecc.. Al quale ultimo proposito sarà utile avvertire, che la nozione di pubblico impiego a questi effetti è stata di recente singolarmente estesa, e cioè estesa non solo a tutti gli impiegati dello Stato e di enti pubblici propriamente detti (comuni, provincie, istituzioni pubbliche di beneficenza, ecc.), ma anche a tutti gli impiegati di enti soggetti nella loro gestione a vigilanza o tutela amministrativa.

Il procedimento davanti a queste giurisdizioni, è un procedimento di cognizione civile, che differisce da quello ordinario, per certe sue peculiarità esteriori di forma (dovute talvolta a ragioni storiche, oltrechè tecniche). Per esempio, si apre con un ricorso notificato e seguito poi da una separata fissazione di udienza, anzichè con atto di citazione. Però le funzioni rispettive delle parti e del giudice, non differiscono essenzialmente da quelle ordinarie. Soltanto si può notare qualche maggiore potere di iniziativa del giudice nella condotta del procedimento, specialmente nei riguardi della pubblica amministrazione (poteri di inchiesta e poteri ordinatorii).

Quando non vi sia un giudice (giurisdizione) speciale competente, per la tutela dei diritti soggettivi individuali (in via di applicazione di sanzioni civili), contro atti amministrativi di impero (« esecutorii »), bisognerà adire la autorità giudiziaria ordinaria, nelle forme ordinarie. Però in questa ipotesi l'autorità giudiziaria ordinaria subisce delle gravi limitazioni nell'esercizio dei suoi poteri finali (ed eventualmente anche di quelli stromentali), per rispetto alla « esecutorietà » propria di tali atti amministrativi. La autorità giudiziaria ordinaria non può infatti annullare, revocare o modificare questi atti amministrativi, con provvedimenti di carattere costitutivo (nel senso di cui al § 8, n. 50). Bisognerà che si limiti ad accertare la violazione del diritto altrui, la sua natura, la sua entità, le sue conseguenze, pronunciando, se del caso, anche sui danni che abbia arrecato e condannando a risarcirli. Ma l'atto amministrativo conserva intanto la sua propria efficacia («esecutorietà »). Tutt'al più, la parte interessata che abbia ottenuto l'accertamento davanti all'autorità ordinaria, potrà ricorrere poi dopo, in secondo tempo, al consiglio di Stato per l'annullamento dell'atto.

Tutti quanti questi casi, in cui vi è luogo a diritti soggettivi individuali dei singoli e ad azione per la loro tutela, davanti a giudici speciali o davanti alla autorità giudiziaria ordinaria, non vanno confusi infine coi casi in cui è data azione (ricorso) per la cosiddetta « illegittimità » di atti amministrativi.

100 RICORSO DI ILLEGITTIMITÀ è dato contro tutti gli atti amministrativi (salve le eccezioni espressamente prevedute dalla legge), in tutti quei casi in cui un atto d'impero di organi amministrativi, sia stato compiuto violando delle disposizioni di legge, che però non fossero intese a tutelare direttamente determinati interessi individuali altrui (diritti soggettivi, interessi direttamente protetti). Così, per esempio, può essere che, per disciplinare la attività di organi amministrativi, vi siano (v. sopra) delle norme giuridiche, che regolano le rispettive competenze o prescrivono delle osservanze di forma, non nell'interesse di Tizio piuttosto che di Caio o di Sempronio, ma dello Stato medesimo o in genere di una pubblica amministrazione o della generalità dei soggetti di diritto (come massa collettiva ed indistinta). La trasgressione di norme siffatte non implica una lesione di un diritto soggettivo individuale altrui. Non ci può essere pertanto azione civile nei sensi veduti più addietro. Però c'è pur sempre una violazione di legge, rispetto alla quale, guardando ai fini ultimi della legge stessa, è utile per tutti (per lo Stato e per la generalità di tutti i soggetti), che trovi luogo una sanzione riparatrice.

Allora è dato ricorso a qualunque interessato (a chiunque abbia subìto cioè un qualunque pregiudizio anche di mero fatto dall'atto illegittimo), per far annullare l'atto medesimo.

Secondo le distinzioni già fatte molto più addietro, non abbiamo quì una ipotesi di azione nascente dalla violazione di un diritto soggettivo, bensì una azione (ricorso), che nasce

da un interesse solo indirettamente od occasionalmente protetto (per riflesso di quella norma che tendeva invece a proteggere un interesse dello Stato o della generalità).

Le distinzioni fatte allora (§ 3, n. 9 e segg. in confronto al n. 15 e § 11 n. 70) in linea generale e teorica, trovano qui una applicazione di enorme importanza pratica.

Questi ricorsi per annullamento di atti «illegittimi», vanno proposti di regola al consiglio di Stato (sezioni giurisdizionali), talvolta alle giunte provinciali amministrative; talvolta, per speciali materie, ad altre giurisdizioni speciali.

Questi ricorsi danno luogo ad un procedimento speciale di cognizione civile, nelle stesse forme dei ricorsi che si possono proporre al consiglio di Stato o alle giunte provinciali amministrative (o ad altri organi speciali) per violazione di diritti soggettivi, quando sussista, come s'è detto sopra (n. prec.), una loro competenza speciale in merito (e non si debba adire invece l'autorità giudiziaria ordinaria). La differenza non sta nel procedimento, ma nella diversa funzione e nel diverso contenuto dei provvedimenti, che possono esser dati in questa sede. Nei casi di competenza « di merito » (di cui al n. prec.), queste giurisdizioni speciali possono anche modificare o sostituire il provvedimento amministrativo (oltrechè annullarlo); nei casi di legittimità possono soltanto annullarlo. Hanno cioè dei poteri costitutivi anche in questi casi, ma limitati unicamente all'annullamento.

101 GLI INTERESSI SEMPLICI (o cosidetti semplici), cioè non direttamente protetti e non elevati alla figura di diritto soggettivo, quando siano stati in un qualunque modo pregiudicati da un atto di una pubblica amministrazione, che non sia viziato a sua volta di illegittimità, nel senso ora veduto (n. prec.), non trovano naturalmente una tutela in sede giurisdizionale. Manca il primo presupposto di una funzione di giustizia (nel senso tecnico proprio della parola) e cioè la violazione di norme giuridiche. Siamo nel campo della « discrezionalità » della pubblica amministrazione. Ci potranno essere delle rimostranze o dei reclami (ricorsi gerarchici) agli stessi o ad altri organi amministrativi, ma non c'è posto per un intervento del giudice.

Solo in certi casi specialissimi e del tutto singolari ed eccezionali, alle giurisdizioni speciali di legittimità può esser denunciata, per ricorso, anche una violazione di interessi semplici. In questi casi però le giurisdizioni stesse sembrano operare piuttosto come organi della amministrazione che non come organi di giurisdizione.

Ogni altra notizia intorno a tutta questa materia si dovrà chiedere del resto, come abbiamo avvertito, ad altri insegnagnamenti che non siano il nostro. Più di questo che abbiamo detto, non spetta a noi di dire in questa nostra trattazione. Resta un ultimo accenno da fare, e passeremo, poi, ad occuparci di altri gruppi di procedimenti.

102 GIUDICE SUPREMO del punto, se una azione od un ricorso involga o non involga questioni di diritti soggettivi o di interessi direttamente oppure occasionalmente protetti, se la competenza in proposito spetti alla autorità giudiziaria ordinaria o a giurisdizioni speciali o se non possa esser proposto alcun organo giurisdizionale, e quindi anche giudice supremo dei limiti fra le attribuzioni (discrezionali) della pubblica amministrazione e quelle dei giudici (ordinarii o speciali), è la corte di cassazione del Regno a sezioni riunite. Così dispone una legge generale in materia, che si suol chiamare « sui conflitti di attribuzione ».

§ 16. *Lineamenti generali dei procedimenti ordinarii di esecuzione civile.*

103 I PROCEDIMENTI DI ESECUZIONE non tendono, come sappiamo, ad un pronuncia del giudice, ma alla realizzazione od attuazione materiale di determinati risultati di ordine pratico, per mezzo di opportune attività stromentali (cfr. § 9, n. 53 e segg.). È intuitivo come per realizzare compiutamente sanzioni di questo tipo, si siano dovuti organizzare dei

procedimenti appositi, radicalmente diversi da quelli che servono per le semplici pronuncie.

Quelli previsti ed espressamente regolati nel codice di procedura civile (secondo libro) possono tendere, come pure abbiamo accennato (n. 53 e 56), a due diversi ordini di risultati: o far conseguire a chi vi abbia diritto somme di danaro (procedimento per spropriazione) o il possesso di cose o di beni (procedimento per consegna o rilascio).

Tutti quanti questi procedimenti presentano innanzitutto questa caratteristica fondamentale: che colui che li promuove, deve già esser munito di un « titolo » documentale, che lo legittimi a chiedere l'esecuzione, e sulla cui esibizione gli uffici competenti siano a loro volta legittimati a procedervi (cfr. § 9, n. 57). La legge stessa determina con disposizioni di carattere tassativo quali siano i « titoli » idonei a questo effetto.

Essi possono consistere in negozii giuridici consacrati in scritture private con determinate forme o formalità (es. cambiali e altri titoli di credito, equiparati a questo effetto alle cambiali) o in negozii (o confessioni) consacrati in atti pubblici (ricevuti da notaio o altro ufficiale, autorizzato a riceverli a questo effetto) o in accertamenti e liquidazioni di debito fatti da pubblici ufficiali (es. liquidazioni di borsa) o in certi casi anche da uffici giudiziarii (es. liquidazione di indennità o di compensi dovuti a testimoni, ufficiali giudiziarii, ecc.). Altri titoli esecutivi possono consistere in atti amministrativi, che le pubbliche amministrazioni possono formare a favor proprio (es. ruolo delle imposte: cfr., sopra). Chi non sia già munito di titolo esecutivo o dell'uno o dell'altro di questi tipi, non può promuovere l'esecuzione, se non procurandoselo attraverso un procedimento di cognizione (ordinario o speciale) sotto forma di sentenza di condanna, di decreto ingiuntivo, di licenza per sfratto giudizialmente convalidata, ecc. (sopra, § 8, n. 52 e § 14, n. 89 e n. 96 e segg.).

Deriva da questa impostazione iniziale del procedimento, che questo — in sè e per sè — non implica una cognizione di merito, in ordine alla sussistenza del diritto alla esecuzione (azione esecutiva in senso sostanziale) di chi la promuove, dal momento che il possesso del titolo esecutivo a suo favore, basta, come dicevamo, a legittimarlo.

Potrà essere, se mai, colui contro il quale si promuove il procedimento, che potrà provocare un giudizio incidentale di cognizione, opponendosi alla esecuzione e contestando la effettiva sussistenza del diritto alla esecuzione, apparente, del titolo. Ma, in questo caso, non si può dire, che il giudizio di cognizione che ne nasce, faccia parte degli atti esecutivi. È piuttosto un giudizio distinto, che trae origine dall'esecuzione, che può naturalmente spiegare su di essa i suoi effetti, in quanto può portare all'annullamento degli atti iniziati o compiuti, ma non sempre (e neanche di regola) ne sospende automaticamente il corso.

Gli atti esecutivi propriamente detti, devono esser preceduti dalla notificazione del titolo esecutivo e di regola anche del precetto, cioè di un atto col quale si intima preliminarmente, a mezzo di ufficiale giudiziario, a colui contro il quale si vuol promuovere la esecuzione, si intima, diciamo, di pagare, rilasciare o consegnare, in difetto di che si procederà all'esecuzione.

Dal momento del precetto, l'intimato può fare opposizione nel senso testè accennato; e anzi deriva di qui la sua denominazione tecnica: « opposizione al precetto » (sebbene possa farsi anche più tardi fino a quando l'esecuzione non sia compiuta).

Queste regole sono comuni alle varie forme di esecuzione, sebbene naturalmente questi atti preliminari (o almeno quello di precetto) differiscano, secondo i casi, nel contenuto concreto e nei dettagli di forma.

Nel seguito, l'andamento della procedura differisce assai più profondamente, secondo che si tratti di spropriazione oppure di consegna o rilascio.

104 Le esecuzioni per spropriazione si svolgono normalmente in tre tempi o tre momenti.

Innanzitutto devono identificare i singoli beni che il creditore procedente intende colpire con l'esecuzione (v. sopra

§ 9, n. 57). Nello stesso tempo si toglie al debitore la facoltà di disporne e si provvede alla loro custodia. Il debitore non perde la proprietà; ma non può più alienarli, sottrarli, alterarli ecc., in pregiudizio dell'esecuzione iniziata.

In secondo tempo, si provvede a realizzarli, cioè a ricavarne danaro mediante una alienazione giudiziale forzata (di solito, vendendoli giudizialmente all'asta). E in ciò consiste la spropriazione propriamente detta, perchè il debitore a questo momento ne perde la proprietà (che passa, per atto di autorità, all'acquirente o aggiudicatario), e il danaro, che se ne ricava, resta « a disposizione di giustizia » per i fini della esecuzione.

Qualche volta la spropriazione avviene in un'altra forma, che elimina la necessità della vendita e congloba per così dire il secondo tempo nel terzo: la assegnazione dei beni pignorati ai creditori, in pagamento del loro avere, con una specie di dazione in pagamento (sempre per autorità del giudice). Ciò avviene più specialmente, quando siano stati pignorati dei crediti del debitore verso terzi, oppure oggetti d'oro o d'argento, che abbiano un valore intrinseco per la materia di cui son fatti, talvolta avviene per altri mobili di minor valore; ma si può dire che questa sia forma eccezionale.

Tornando all'andamento ordinario più consueto o più frequente, si ha il secondo tempo (vendita) e poi distintamente il terzo: col danaro ricavato dalla spropriazione si provvede a soddisfare, per quanto è possibile, il creditore procedente e gli altri che siano intervenuti nella procedura, per esser soddisfatti anch'essi a loro volta col ricavato della esecuzione, rispettati, per ciascuno, i suoi diritti legittimi di prelazione (sopra § 9, nn. 57 e 58). Al quale effetto, se vi siano degli altri intervenuti, occorrerà un giudizio (in forme possibilmente sommarie e speditive) sul diritto di tutti e di ciascuno a partecipare al reparto (cfr. § 8, n. 51 verso la fine).

LE FORME DEGLI ATTI sono diverse e diversi gli organi
105 di esecuzione, secondo che si tratti di colpire beni mobili od immobili.

Per i beni mobili che si trovino presso il creditore, l'identificazione e l'atto con cui gli si toglie il diritto di disporre e si organizza la custodia, è il « pignoramento », che vien fatto da un ufficiale giudiziario, con una specie di verbale di inventario e di stima sommaria, e con la nomina del custode.

Per i beni mobili del debitore, che si trovino presso altre (terze) persone (in deposito, a comodato o per altre ragioni) e per i crediti del debitore verso terzi (che sono pure beni suscettibili di spropriazione), il pignoramento si fa con un atto di ufficiale giudiziario, con cui si intima al terzo di non disporne, con l'effetto legale di costituirlo, con ciò, custode o sequestratario dei beni. Con lo stesso atto viene citato davanti al pretore, perchè dichiari se si riconosce detentore dei mobili o debitore delle somme (ciò che egli, che non è ancora stato sentito in proposito, può anche negare). Se nega, insorgerà un giudizio incidentale di cognizione ai fini esecutivi (che si suol chiamare dai pratici giudizio di « propalazione »), per stabilire a questi fini, se e che cosa possiede o deve. Quando siano stati pignorati dei crediti, questi possono essere assegnati in pagamento, nello stesso giudizio, al creditore procedente e agli altri aventi diritto (v. il n. prec.).

Quando si vogliono colpire dei beni immobili, le formalità sono del tutto diverse. Il precetto deve già contenerne la individuazione. Per togliere al debitore la facoltà di disporne, si trascrive il precetto presso l'ufficio delle ipoteche; e con questo il proprietario stesso ne è legalmente costituito sequestratario se il tribunale non ne nomini un altro.

Forme diverse del secondo tempo: quando si tratta di mobili, il pretore, con un provvedimento sommariissimo (decreto), ne ordina la vendita all'asta, stabilendone le modalità (ufficiale incaricato, luogo e tempo, prezzo base dell'asta). Il prezzo deve esser pagato dall'acquirente (aggiudicatario) per contanti e depositato giudizialmente. Se si tratta di immobili, la vendita deve esser ordinata dal tribunale, in seguito ad una fase di procedimento, che si svolge in contraddittorio, con le forme esteriori di un giudizio di cognizione, e attraverso il quale se ne stabiliscono per sentenza le modalità. Con la stessa sentenza il tribunale dichia-

ra aperto, come vedremo, il giudizio di « graduazione ». La vendita agli incanti segue davanti allo stesso tribunale. Il prezzo non viene pagato dall'aggiudicatario per contanti, ma egli ne viene costituito debitore (con iscrizione di una ipoteca a garanzia di tutti i creditori interessati), per esser pagato più tardi ai singoli creditori « collocati », nel modo che ora diremo.

Forme o modalità del terzo tempo : in realtà, questo terzo tempo può avere i suoi prodromi durante il secondo. Altri creditori possono infatti intervenire in occasione del pignoramento dei mobili o dopo di esso o nel giudizio di propalazione, allo scopo di beneficiare del reparto di quello che si ricaverà (ciò si dice « fare opposizione sul prezzo ») o, se si tratta di pignoramento di crediti, per concorrere nella eventuale assegnazione. Nell'esecuzione immobiliare altri creditori (e anche altri aventi ipoteca sullo stabile, sebbene non creditori del debitore espropriato) possono intervenire in quella « graduazione » che viene dichiarata aperta (v. sopra) con la stessa sentenza che ordina la vendita. Anzi in questo caso se vi sono dei creditori ipotecarii iscritti devono essere formalmente invitati ad intervenirvi. Ciò, perchè la legge vuole, che l'immobile, con la vendita all'asta, venga « purgato » da tutte le ipoteche. Dovrà esser ordinata pertanto la cancellazione anche di quelle ipoteche che eventualmente non trovino capienza nel prezzo, e di quelle dei creditori, che non si presentino a concorrere nel giudizio di graduazione. Ma, per far questo, è logico, che costoro siano avvertiti o diffidati a far valere in questa sede le loro ragioni.

Avvenuta la vendita, se si tratta di mobili il pretore, e si tratta di immobili il tribunale, procedono a determinare, come debba esser ripartito il prezzo ricavato, fra creditori concorrenti al reparto, graduandoli secondo l'ordine dei rispettivi diritti di prelazione (privilegi, ipoteche e pegni), se ce ne sono e fin che ce ne sono, e ripartendo poi il residuo fra gli altri (cosiddetti chirografarii). Se ci fosse ancora un ulteriore residuo, naturalmente va al debitore espropriato.

I creditori così « collocati », nella esecuzione mobiliare,

ricevono un « mandato » di pagamento, per riscuotere dalla cassa dei depositi giudiziali (cassa postale) quanto loro compete.

Nella esecuzione immobiliare, invece, ricevono una cosiddetta « nota di collocazione », con la quale possono richiedere il pagamento dall'acquirente (aggiudicatario) dell'immobile. L'acquirente a mano a mano che paga, può far cancellare le ipoteche particolari dei creditori pagati e far ridurre la ipoteca generale iscritta (per l'ammontare del prezzo dovuto) a favore della massa, in occasione della vendita all'asta. Quando abbia pagato tutti, avrà il suo immobile « purgato », perchè le ipoteche non capienti nel prezzo, frattanto, saranno già state cancellate per ordine di giustizia.

Queste sono le linee generali della procedura di spropriazione contro i debitori. La legge prevede e regola poi anche una procedura esecutiva immobiliare contro il cosiddetto « terzo possessore ».

106 Il terzo possessore (così chiamato dalla legge), in realtà è un terzo proprietario di immobili ipotecati a garanzia di un debito altrui. Ciò può avvenire o perchè egli stesso in origine abbia concessa ipoteca per altri (terzo datore di ipoteca) o perchè si sia reso acquirente di uno stabile già ipotecato (su di che v. sopra § 9, n. 58).

In questo caso, se il debitore non paga, il creditore può esercitare l'azione esecutiva per spropriazione dell'immobile ipotecato, contro il terzo proprietario. Dovrà notificare anche a lui il precetto nelle forme prescritte, e per il resto la procedura seguirà in forme analoghe a quelle della spropriazione contro il debitore.

Però la differenza della situazione si rivela al momento della graduazione, perchè in questa potranno concorrere tutti i creditori ipotecari iscritti (compreso naturalmente il creditore procedente), anche se non siano creditori del proprietario espropriato. Ma per il resto, potranno concorrere naturalmente soltanto i creditori di costui (e non già gli altri creditori del debitore insolvente, la cui insolvenza ha originata la procedura esecutiva).

La esecuzione per consegna o rilascio è estrema-
107 mente semplice nelle sue forme.

Essa non ha neanche bisogno di esser preceduta dal precetto, quando si esegua in base a sentenza che condanni a consegnare o rilasciare dentro un termine fisso, e si proceda all'esecuzione prima di 180 giorni dalla sua notificazione.

La consegna di cose mobili è eseguita dall'ufficiale giudiziario, il quale preleva le cose di cui si tratta, da colui che ne è in possesso e le rimette all'avente diritto redigendone verbale.

Il rilascio di immobili si eseguisce anch'esso per mezzo di ufficiale giudiziario, previa notifica di un avviso, immettendo l'avente diritto in possesso dell'immobile e ingiungendo alla parte estromessa di non più turbarlo, e ai coloni, affittuarii ecc., di riconoscere come possessore colui che è stato immesso.

Queste sono per lo meno le linee generalissime delle procedure esecutive del secondo libro del codice di procedura civile.

Ogni maggiore dettaglio in proposito sarebbe qui prematuro e va rinviato alla trattazione che ne faremo nella parte speciale (e cioè nella parte terza del nostro trattato). Per la stessa ragione abbiamo evitato qui, come a proposito dei lineamenti generali della cognizione, la citazione degli articoli del codice o di altre leggi che troveranno il loro posto in quella sede.

Le spese e i danni hanno naturalmente una grande
108 importanza anche nei procedimenti esecutivi, qualunque sia la loro forma e la loro natura.

Quanto alle spese, se il procedimento è stato legittimamente iniziato e condotto a fine, non graveranno se non indirettamente sul creditore o sui creditori che abbian dovuto provvedervi, perchè andranno rimborsate col ricavato della esecuzione, con precedenza su tutti gli altri crediti, ma diminuendo con ciò la capienza.

Se il procedimento di esecuzione forzata risulti illegittimamente promosso o proseguito, perchè venga a risultare (a seguito di opposizione), che non sussisteva il credito o non sussisteva il titolo esecutivo o che sono state violate delle forme essenziali o si è ecceduto nella misura o sono state colpite delle cose di proprietà di terzi non spropriabili in loro pregiudizio, il creditore dovrà sopportare le proprie spese e rimborsare quelle altrui, e, per poco che vi sia colpa od imprudenza da parte sua, risponderà dei danni.

Tutti questi sono temperamenti o correttivi necessarii al metodo adottato dalla legge (se pur qualche volta portati a conseguenze eccessive). Stanno infatti ad infrenare e moderare la possibilità (che pur rimane aperta) che qualcuno promuova una esecuzione, avendo per sè soltanto un titolo esecutivo apparente o non avendo in realtà quel diritto da far valere che apparirebbe dal titolo, o abbia proceduto in modo inavveduto e dannoso per gli altri nella scelta dei beni da colpire, o nel promuovere certi atti di esecuzione, in quanto ciò dipendeva da lui medesimo.

Per quanto ai giudizii di cognizione, che possono sorgere incidentalmente in occasione della esecuzione, per esempio, a seguito di intervento di terzi e per questioni di reparto o per questioni che insorgano col terzo presso il quale si siano fatti dei pignoramenti, valgono in sostanza le regole sulle spese e sui danni, proprie, dei giudizii ordinarii di cognizione.

Il pegno dà luogo a fenomeni singolari, che hanno un
109 contenuto sostanziale di esecuzione per spropriazione, ma di solito con caratteri peculiari; e non sono espressamente regolati dal secondo libro del codice di procedura civile. Quando si tratti di pegno commerciale, il creditore pignoratizio (previa una intimazione più o meno analoga al precetto) può far eseguire la vendita delle cose che ha in pegno, in forma stragiudiziale, per mezzo di pubblici mediatori od altri ufficiali pubblici a ciò autorizzati, che possono non appartenere all'ordine giudiziario (art. 458 cod. comm. in relazione all'art. 363), ciò che ci conduce verso quelle forme di difesa stragiudiziale dei proprii diritti, di cui parleremo in altro capitolo (capitolo III di questa parte del corso), in con-

nessione a fenomeni analoghi in materia di mandato commerciale, di liquidazione, di riporti ecc.. Se il pegno è civile (o anche quando sia commerciale, ma il creditore non preferisca di seguire le forme sopra ricordate), si può chiedere che sia ordinata giudizialmente la vendita della cosa data in pegno, nelle forme di un giudizio ordinario di cognizione (arg. dall'art. 1884 cod. civ.). La sentenza accerterà, in questo caso, nello stesso tempo la sussistenza e la misura del credito e del diritto di pegno, e darà le disposizioni opportune per la vendita (adottando eventualmente, per questa, le competenze e le regole della procedura esecutiva).

Quando la vendita del pegno avvenga stragiudizialmente, non ci può esser luogo a concorso e a riparto fra creditori dell'eventuale residuo. Le somme residuate resteranno a disposizione del debitore. I creditori potranno pignorarle presso il creditore pignoratizio, nelle forme ordinarie del pignoramento presso terzi. Quando invece la vendita venga ordinata giudizialmente, la sentenza, se adotti a questo effetto le forme della procedura esecutiva, può altresì ordinare che sia ammessa la opposizione sul prezzo da parte di terzi creditori, e segua il reparto nelle forme della procedura esecutiva. A questo effetto, i terzi creditori possono altresì intervenire nel giudizio di cognizione, promosso dal creditore pignoratizio per far ordinare la vendita.

La circostanza che una cosa sia data in pegno, non toglie, d'altra parte, agli altri creditori, che abbiano per sè un titolo esecutivo, di promuovere essi medesimi l'esecuzione forzata sulla cosa, nelle forme ordinarie del pignoramento presso terzi, prima che lo stesso creditore pignoratizio proceda alla vendita o la promuova. In tal caso, quest'ultimo perde la possibilità di vendere o far vendere in modo autonomo. La procedura avrà tutto il suo corso nei modi ordinarii, ed egli avrà semplicemente diritto di intervenire e farsi collocare, con la prelazione che gli spetta, nel reparto del prezzo.

Si ritiene infine comunemente (sebbene non ve ne sia traccia nella legge), che lo stesso creditore pignoratizio, quando sia munito di titolo esecutivo, invece di seguire le vie

sopra tracciate, possa adottare anch'egli, in un certo senso, le forme ordinarie del procedimento esecutivo, facendo eseguire, presso se stesso o presso il custode, il pignoramento della cosa che ha in pegno, previa notificazione del titolo e del precetto al debitore.

110 PROCEDURE ESECUTIVE speciali, più o meno fedelmente modellate, nelle linee generali, su quelle del codice di procedura civile, se ne hanno in varii campi e per varie ragioni.

Tali sono, per esempio, le esecuzioni fiscali promosse dall'esattore delle imposte (servendosi come titolo esecutivo dei ruoli di formazione amministrativa; v. sopra), esecuzioni che possono essere mobiliari od immobiliari.

Una procedura in un certo senso speciale, si ha per la spropriazione delle navi, con carattere di procedura prevalentemente mobiliare; ma con infiltrazione di forme più o meno derivate anche da quella immobiliare. Qualche particolarità presenta la spropriazione di automobili ed aereomobili, in relazione al particolare regime della riserva di dominio, dei privilegi ecc.

Forme particolari si hanno per la spropriazione immobiliare, quando venga promossa da istituti di credito fondiario per i loro crediti ipotecarii, e per la spropriazione mobiliare quando venga promossa da istituti di credito agrario, per certi loro crediti privilegiati.

Norme particolari si hanno anche per la spropriazione di rendite iscritte sui libri del debito pubblico.

Norme (se non vere e proprie procedure) speciali si hanno pure in materie, che interessano la pubblica amministrazione, per esempio a proposito di pignoramento degli stipendii degli impiegati pubblici, a proposito di opere pubbliche, ecc..

Norme particolari in materia di rilascio, si hanno per gli istituti di case popolari.

Ma non rientra nell'ambito della nostra trattazione perseguire tutte queste « specialità ».

§ 17. *Lineamenti generali della procedura fallimentare.*

111 La DICHIARAZIONE di fallimento avviene, come sappiamo, (§ 9, nn. 54 e 55), per sentenza pronunciata d'ufficio o su denuncia dello stesso commerciante o della stessa società commerciale, che siano caduti in istato di cessazione di pagamenti o su denuncia dei creditori. Essa è preceduta, in questo caso, soltanto da una indagine informativa sommaria senza contraddittorio.

Può essere pronunciata però anche a seguito di un giudizio di cognizione nelle forme ordinarie, promosso da un creditore contro il dissestato, quando l'autorità giudiziaria non creda di provvedere sulla semplice denuncia o su elementi informativi raccolti senza formalità.

Nel primo ordine di casi (quando cioè la dichiarazione avvenga senza contraddittorio) la sentenza è soggetta entro certi termini ad opposizione da parte del fallito e da parte dei creditori, che abbiano interesse ad evitare il fallimento del debitore (per esempio creditori parzialmente pagati o creditori pignoratizii od ipotecarii, che possano essere esposti a revocatorie fallimentari). Intanto però, la prima sentenza dichiarativa spiega, in questi casi, tutti i suoi effetti e l'accoglimento della opposizione prende forma e carattere di revoca, con cui si fa cessare lo stato di fallimento con effetto retroattivo, facendo restituire o rimettere il fallito nel pristino stato, eliminando gli effetti degli atti compiuti nel frattempo o riparandovi (con conseguenze di spese e di danni, ai quali accenneremo più avanti).

In ogni caso la sentenza dichiarativa del fallimento (sia o non sia soggetta a revoca) toglie al fallito (commerciante o società commerciale) il diritto di disporre di tutto il suo patrimonio.

Essa organizza gli ufficii che devono presiedere alla liquidazione fallimentare, che in parte sono organi od uffici giudiziarii (tribunale e giudice delegato e, per i piccoli fallimenti, il pretore) e in parte sono costituiti, caso per caso, come ausiliarii di giustizia (curatore, commissario giudiziale e per certi effetti: delegazione dei creditori e assemblea dei creditori).

Sempre la stessa sentenza apre quindi varie serie di operazioni (e qui non possiamo parlare di tempi o di momenti successivi, perchè le diverse serie possono anche correre in parallelo o talvolta intrecciarsi fra loro).

112 LE OPERAZIONI della procedura fallimentare cominciano con la presa di possesso dei beni del fallito da parte degli organi od uffici fallimentari, i quali assumono intanto anche la gestione di tutto il patrimonio (che può spingersi fino all'« esercizio provvisorio dell'azienda »), sostituendosi al fallito, e ne appurano nello stesso tempo la consistenza (apposizione e successiva rimozione dei sigilli, inventario).

A questa serie si connettono, indirettamente, le operazioni, con cui si tende a ricostituire, per quanto possibile, la consistenza attiva del patrimonio, con riferimento al giorno della cessazione dei pagamenti.

Questo può dar luogo ad azioni contro terzi per il ricupero di beni o per conseguire prestazioni, che fossero dovute al fallito. Queste sono esercitate dagli organi fallimentari, sostituendosi al fallito. Può anche esser che dei terzi tendano a separare dall'attivo del patrimonio, ormai soggetto alla esecuzione fallimentare, dei beni che sostengano essere di loro legittimita proprietà, ragione o spettanza.

Ma ci può essere anche tutto un ordine di azioni, caratteristiche della procedura fallimentare, e che il fallito stesso non avrebbe potuto esercitare. Queste dipendono soprattutto dall'intervallo, che può esservi stato, fra cessazione dei pagamenti e dichiarazione di fallimento.

Sappiamo infatti (sopra § 9, n. 54), come la legge consideri questo (della cessazione), come il sintomo della insolvenza, che costituisce il presupposto del procedimento e ne determina la apertura. Alla cessazione propriamente detta, si equipara la continuazione dei pagamenti, dal momento in cui risulti ottenuta con mezzi rovinosi o fraudolenti, mentre si esclude che costituisca cessazione, il fatto di non pagare per eccezioni, che il debitore in buona fede

potesse ritenere fondate. Il procedimento dovrebbe aprirsi (con la relativa sentenza dichiarativa) al verificarsi del sintomo (tanto, che lo stesso commerciante ha l'obbligo, di denunciarlo, a questo effetto, nei tre giorni successivi, sotto le sanzioni penali della bancarotta; sopra n. 55). Praticamente però può avvenire che la apertura ritardi. Ora si vuol impedire, per quanto è possibile, che le operazioni fatte nell'intervallo, valgano ad alterare la situazione patrimoniale del fallito e la situazione dei creditori, quale era al giorno della cessazione. Per ciò gli atti di alienazione compiuti nel frattempo, i pagamenti, gli atti di costituzione di pegni e di ipoteche sono soggetti ad un regime particolare di revocabilità. Le relative azioni revocatorie sono esperite dagli organi fallimentari, e possono evidentemente inferire sia sulla ricostituzione degli elementi attivi del patrimonio (come in caso di revoca di alienazioni), sia sulla depurazione degli elementi passivi (come nel caso di revoca di pagamenti o di costituzione di pegni o di ipoteche). L'esercizio di queste azioni avviene nelle forme di altrettanti separati giudizii di cognizione o può inserirsi nella verificazione del passivo.

Per dare una base comune a queste azioni, la stessa sentenza dichiarativa di fallimento può stabilire, provvisoriamente, a quale data risalga la cessazione dei pagamenti (e se non dica niente, si ritiene, che la data coincida con la data della dichiarazione, salvo infirmare con una particolare invalidità le operazioni compiute negli ultimi dieci giorni). La cessazione può poi essere retrodatata (o rettificata quanto alla data), con una sentenza successiva, pronunciata proprio per questo oggetto.

Alla ricostituzione dello stato patrimoniale, si coordinano poi queste altre due serie di operazioni: liquidazione dell'attivo e verificazione del passivo.

Liquidazione dell'attivo: si tratta in sostanza di ridurre in danaro, mediante atti di alienazione (che implicano evidentemente una progressiva spropriazione forzata) i beni del fallito (massa attiva). Questi atti di alienazione di autorità, vengono compiuti dagli organi od uffici fallimentari,

in forme, che talvolta arieggiano in parte la spropriazione forzata particolare del codice di procedura civile (vendita all'asta), talvolta possono aver luogo in forme assai più semplici, e prossime alle forme dei negozii di alienazione (vendita a trattative private).

Verificazione del passivo: qui, liquidandosi tutto il patrimonio del debitore, bisogna chiamare tutti i creditori (massa dei creditori) a concorrere (mediante opportune forme di pubblicità, avvisi personali ecc.) al reparto del ricavato dell'attivo. Essi vengono dunque invitati a questo scopo a presentare, entro certi termini, le loro domande. Ma bisogna poi appurare, rispetto a ciascuno, se effettivamente sussista il credito vantato, e per qual somma, e se sia assistito da (validi) diritti di prelazione. Gli organi fallimentari ne compiono un primo sommario esame, in base al quale « ammettono » ciascun credito al passivo o lo « contestano » (o ne « contestano » i diritti di prelazione), ciò che significa: ammetterli od escluderli dal concorso e dal reparto (od ammetterli come semplici crediti « chirografarii », anzichè « privilegiati »). Però questo provvedimento non è definitivo ed inesorabile. Il creditore contestato, può ancora chiedere giudizialmente, nelle forme di un giudizio di cognizione, che il suo credito venga accertato ed ammesso (o sia accertato il suo « privilegio ») ; gli altri creditori possono contestare le ammissioni avvenute. Tutte queste cause (che vanno sollevate in ipotesi dentro dei brevi termini) vengono riunite e trattate, per quanto possibile, in un unico procedimento e decise, se è possibile, simultaneamente. Così, coi risultati della prima verifica sommaria e con la decisione definitiva delle contestazioni pronunciata nel relativo giudizio, dovrebbe restare fissata la situazione e la composizione elementare della massa passiva.

Con una ulteriore serie di operazioni (anche queste in forma semplificata e sommaria, arieggiante quella degli ordinari pagamenti), gli organi fallimentari procedono poi a versare ai creditori ammessi, in una o più riprese (reparti fallimentari), quello che viene a spettare a ciascun di loro sul ricavato della liquidazione dell'attivo (dedotte le spese),

in ragione della sua ammissione (privilegiata o meno) al passivo.

Questo quadro, nelle sue linee generali abbastanza semplice ed armonico, viene però ad esser complicato talvolta da due possibili ordini di episodii particolari.

La legge ammette infatti, che i creditori, che non abbiano presentate in termini le proprie domande di ammissione (insinuazione) al passivo, possano far valere anche più tardi le proprie ragioni, con un separato giudizio di cognizione contro gli organi od ufficii fallimentari (curatore). Ci rimettono in questo caso le proprie spese, e se arrivano alla ammissione definitiva dopo che siano avvenuti dei reparti parziali, debbono accontentarsi di concorrere in quelli successivi (perdendoci le quote dei reparti già fatti), ma insomma possono arrivare, anche per questa strada, a profittare (almeno limitatamente) della esecuzione.

D'altra parte può avvenire che gli immobili che fanno parte della massa attiva, vengano realizzati nelle forme della esecuzione particolare del codice di procedura civile (o in forme almeno in parte analoghe), e si apra una speciale graduatoria per la collocazione dei privilegiati e degli ipotecarii, capienti sul prezzo ricavato (per il residuo si « colloca » il fallimento e, per esso, l'ufficio che lo rappresenta, avocando questo residuo alla massa, nell'interesse di tutti gli altri). In questo caso, veniamo ad avere evidentemente un reparto speciale o particolare, che interferisce necessariamente in quello generale.

Questi, i lineamenti generali della procedura fallimentare. Ci riserviamo di studiare anche questa, nei suoi dettagli, nella relativa parte speciale (parte quarta della nostra trattazione).

La procedura può essere prevenuta o troncata, come assai spesso avviene, da un concordato preventivo o fallimentare; e di ciò faremo cenno sommariamente nel capitolo terzo di questa parte generale (poichè si tratta di un regolamento consensuale) e poi, più in particolare, nella stessa parte speciale (parte quarta).

Torna confermato intanto (v. anche sopra § 9, n. 56), che

il fallimento si svolge bensì, in un certo senso, in fine come un procedimento unico e complesso, ma in realtà esso involge tutto un mondo di rapporti e di azioni in esercizio : azioni esercitate dagli organi od uffici del fallimento (o contro di essi) in via sostitutiva, azioni revocatorie nell'interesse della massa, azioni di creditori : tutte esercitate però sotto un particolare regime di procedura, le cui caratteristiche derivano tutte al loro coordinamento ai fini della liquidazione universale.

LE SPESE e le eventuali responsabilità per danni, pos-
113 sono naturalmente venire in giuoco sotto diversissimi riguardi, in un procedimento così complesso.

Per quanto concerne la dichiarazione di fallimento, questo aspetto ha importanza rilevante soltanto nel caso in cui questa (originariamente oppure successivamante e sopra), sia o divenga oggetto di un giudizio di cognizione nelle forme ordinarie. Se questo sbocchi nella proclamazione del fallimento o nel rigetto di opposizioni, si applicano per le spese le norme ordinarie, con la sola avvertenza, di ordine pratico, che, siccome tutto il patrimonio del fallito viene investito dalla procedura esecutiva, non ci sarà possibilità di ricupero di spese contro il fallito al di là o al di fuori della massa attiva. Se sbocchi nel rigetto di una domanda di fallimento proposta in contraddittorio, si applicheranno pure, ma qui con piena efficacia, le norme ordinarie quanto alle spese. Lo stesso si dovrà dire finalmente, quanto alle spese, se venga accolta una opposizione e revocato il fallimento. Ma qui ci potrà essere una formidabile responsabilità per danni a carico del creditore o dei creditori che abbiano provocato la dichiarazione originaria, a meno che non riescano a dimostrare di essere stati non solo in buona fede, ma anche (e sarà ben difficile) immuni da colpa, cioè da imprudenza nel proporre la prima domanda-denuncia.

Nelle azioni degli organi fallimentari (o contro di essi) per la ricostituzione o la depurazione del patrimonio, si applicheranno le regole ordinarie, e così pure nella decisione

sulla ammissione o contestazione di crediti. Ma anche qui con avvertenza, che le spese poste a carico del fallimento vanno necessariamente ad incidere sulla sua massa.

Quanto alle altre spese di gestione e liquidazione dei beni, compensi al curatore e ad altri ausiliarii della procedura, spese fiscali ecc., anch'esse vengono prelevate dalla massa attiva, a mano a mano che ve ne sia bisogno, e, per il resto, liquidate e prelevate dalla massa medesima, in chiusura del procedimento. È facile immaginare, come questo carico possa esser gravoso; e quando si tenga conto di questo, e della difficoltà di realizzare l'attivo a buone condizioni, si può facilmente intendere, come il risultato della liquidazione fallimentare di un patrimonio già dissestato, si chiude di solito con risultati disastrosi.

PROCEDURE SPECIALI di fallimento o di liquidazione con-
114 corsuale giudiziale, in senso proprio, forse non ce ne sono.

Merita però di esser avvertito a questo proposito, come in caso di dissesto di certi enti, come ad esempio, casse di risparmio, monti di pietà, consorzii od enti autonomi di consumo o di gestione di determinate imprese di pubblico interesse, si faccia luogo a forme di liquidazione forzata universale o concorsuale, che portano a risultati analoghi a quelli della procedura fallimentare e in molti casi ne prendono, per così dire, a prestito anche le forme. Però si svolgono piuttosto ad opera di organi amministrativi o costituiti in via amministrativa, anzichè di organi giudiziarii o ausiliarii di giustizia. Onde queste figure speciali finiscono con l'esorbitare dalla nostra trattazione.

CAPITOLO TERZO

DELLA DIFESA STRAGIUDIZIALE E DEL REGOLAMENTO CONVENZIONALE DELLE PROPRIE RAGIONI. CONCILIAZIONI, CONCORDATI ED ARBITRATI

SOMMARIO: § 19. Casi e modi di difesa stragiudiziale delle proprie ragioni — § 20. Componimento e conciliazione delle controversie. — § 21. Concordati. — § 22. Arbitrati e arbitramenti. — § 23. L'armamento a difesa dei proprii diritti.

§ 19. — *Casi e modi di difesa stragiudiziale delle proprie ragioni.*

LA DIFESA STRAGIUDIZIALE del proprio diritto o delle
115 proprie ragioni, si suol dire che è vietata dalla nostra legge, come è vietata la vendetta privata. E sostanzialmente è vero.

L'ordinamento generale della giustizia, di cui siamo venuti tracciando finora i lineamenti generali, porta in conclusione a questo risultato: che là dove si verifichi una violazione, una trasgressione, uno stato di insoddisfazione di precetti giuridici, provvede lo Stato, in persona dei suoi giudici, ad applicare le relative sanzioni. Chiunque creda di aver ragione di dolersi di un fatto che lo offenda o lo pregiudichi in ispregio dei precetti giuridici applicabili al caso, può invocare o provocare, direttamente o indirettamente, il ministero del giudice, affinchè l'autore del fatto sia punito, o sia apprestato rimedio al danno al disordine o al turbamento che ne sia derivato.

È correlativo e complementare, rispetto a questo sistema, che la legge divieti per converso a tutti i soggetti di diritto di usare la propria forza (privata) come mezzo di coercizione per rintuzzare la offesa altrui o per procurarsi una soddisfazione come rimedio o come vendetta. Lo vieta là dove ci sia una sanzione applicabile del giudice, perchè questa sola è la reazione legittima; e ogni altra potrebbe esser cagione di altri e maggiori turbamenti dell'ordine e della pace sociale. Lo vieta là dove non ci sia una sanzione applicabile, perchè questo vuol dire, che la creduta offesa o il creduto pregiudizio non rivestono in realtà questi caratteri di fronte al diritto. La espressione più tipica di questo principio (che affiora del resto in tante altre disposizioni), si può dire che si trovi nel codice penale là dove si punisce la « tutela arbitraria delle proprie ragioni » e anche il duello (forma ingentilita della privata vendetta), in appositi capi del titolo: « Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia » (artt. 392 e segg. cod. pen.).

Nello stesso ordine di idee, si veda l'art. 696 cod. civ. ultima parte (reintegrazione nel possesso anche contro il proprietario).

Però — si avverta — ciò che in questo modo è generalmente vietato (salve le eccezioni della legittima difesa e dello stato di necessità; cfr. artt. 52 e segg. cod. pen. e disposizioni connesse), è soltanto l'uso della forza o della violenza. Non bisogna credere con questo, che, in attesa di adire il giudice, si debba sempre restar esposti a subire passivamente qualunque eventuale « torto » da parte di altri, anche quando sia possibile prevenirlo, od eliminarne od attenuarne le conseguenze o bilanciarle in modo pacifico (cioè non violento). C'è perfino qualche cautela di fatto contro dei possibili reati, che si ha il dovere (di polizia), e non solo il diritto, di prendere. Ma, a prescinder da questo, ci sono degli atti o dei comportamenti, che civilmente costituirebbero un illecito (soggetto a sanzioni civili), ma cessano di avere questo carattere, anzi sono espressamente o implicitamente consentiti od autorizzati dalla legge, quando siano determinati o giustificati da un illecito comportamento altrui, per tutelarsi

o per cautelarsi contro di esso o per conseguire quanto si aveva il diritto di conseguire.

Questo è il primo punto che ci preme di porre in luce, sul tema di questo capitolo.

E lo illustreremo, al solito, con qualche esempio.

116 Le reazioni contro l'inadempimento di obbligazioni contrattuali altrui, costituiscono i casi più tipici e di gran lunga più frequenti nell'ordine di fenomeni or ora accennati.

Nei contratti bilaterali, se una delle parti non adempia alle proprie obbligazioni, l'altra può chiedere, come sappiamo, o la condanna all'adempimento o la risoluzione (art. 1165 cod. civ.). Ma intanto chi adisce il giudice, e sta attendendo che il giudice provveda, dovrà per parte sua continuare ad adempiere alle obbligazioni proprie, aggravando così lo squilibrio ed il danno? Si risponde concordemente in senso negativo (sebbene non vi sia una disposizione generale ed espressa in questo senso), argomentando dallo spirito dell'art. 1165 e da varie disposizioni particolari (es. art. 1469, 1510 cod. civ. ecc.). In questa ipotesi dunque, il fatto dell'inadempimento, che in sè e per sè sarebbe contro il diritto e soggetto a sanzione (art. 1218, 1225 ecc.), viene ad esser considerato legittimo e giustificato, come difesa (piuttosto che come ritorsione) contro le conseguenze del fatto altrui.

Una figura affine ma di importanza particolare può assumere il diritto di ritenzione, in quanto può servire anche a cautelare la persistenza di un diritto di privilegio (es. art. 1863 in relazione all'art. 1958 n. 7 cod. civ.) o a funzionare da garanzia indiretta ed impropria, del ricupero di somme od indennità dovute, anche in rapporti di origine extracontrattuale (es. art. 1023 cod. civ.).

Anche più incisivi sono i casi, in cui una delle parti di un rapporto contrattuale, di fronte all'inadempimento dell'altra, può addirittura considerare senz'altro come già risolto « di diritto » il loro contratto (es. art. 1512 cod. civ.) o può compiere preventivamente un atto da parte propria (offerta), a seguito del quale può considerarlo risolto,

se l'altro si renda inadempiente (es. art. 67 cod. comm.).

Altri casi, per così dire minori, si potrebbero raccogliere qua e là, da particolari disposizioni di legge o configurare per analogia. Nella legge c'è persino qualche caso singolare, in cui si ammette o si tollera qualche violenza sulle cose, dove il «mio» si intreccia col «tuo» (es. taglio delle radici e dei rami di cui all'art. 582 cod. civ.).

FORME DI ATTUAZIONE stragiudiziale di garanzie di un
117 proprio diritto (in luogo di sanzioni giudiziali) si hanno poi in altre ipotesi, in cui la legge consente all'interessato di provvedervi senza adire il giudice, ma però sotto l'osservanza di certe altre prescrizioni di forma, che ne temperano in qualche modo i vantaggi e i pericoli, nell'interesse di tutte le parti. A questo ordine di disposizioni vanno ascritte, per esempio, secondo noi, quelle dell'art. 68 cod. comm. e segnatamente quelle del secondo e del terzo comma. Nella vendita commerciale di cose mobili, se il compratore non adempia alle sue obbligazioni, il venditore può far vendere le cose sul mercato, a mezzo di un pubblico ufficiale, autorizzato a tale specie di atti. E inversamente, se non adempia il venditore, il compratore può farle comprare sul mercato. Si attua con ciò la risoluzione stragiudiziale del contratto senza intervento del giudice (e senza le formalità dell'art. 67), e si viene nello stesso tempo ad accertare una differenza tra il prezzo contrattuale e quello di mercato (più le spese), di cui dovrà poi rispondere la parte inadempiente (senza pregiudizio dei maggiori danni, se ce ne sono).

Ma ancor più significative sono le disposizioni del codice di commercio, in materia di mandato, di trasporto, di deposito nei magazzini generali, di pegno (artt. 363, 413 capov., 477, 458), secondo le quali la parte che ha diritti di privilegio e prelazione sulle cose altrui, può farle vendere nei modi dell'art. 68 o in modi analoghi, per soddisfarsi di quanto dovutole, conseguendo così a proprio vantaggio il risultato, al quale avrebbe potuto altrimenti pervenire soltanto attraverso ad una procedura giudiziale.

Partecipa dei caratteri della vendita e dell'acquisto di cui all'art. 68, ma talora, e almeno in parte, anche con funzione di realizzazione di un diritto di garanzia, la liquidazione di borsa delle operazioni su titoli (decreto legge 20 dicembre '32 art. 1 e segg.).

S'intende però, che in tutti quanti questi varii casi di difesa o di attuazione stragiudiziale delle proprie ragioni o dei proprii diritti, che siamo venuti fino qui menzionando per gruppi e per esempii, la parte che si giova di questi spedienti, lo fa a suo proprio vantaggio, ma anche a suo rischio e pericolo. Questo vuol dire, che l'altra parte può sempre adire il giudice nelle forme ordinarie, per sostenere ingiustificati, ingiusti od illegittimi gli atti compiuti od il comportamento tenuto nei suoi riguardi, e per conseguire il risarcimento dei danni (o se nel caso la dichiarazione di nullità e i danni). E se il giudice se ne convinca, dovrà provvedere, a sua volta, in questo senso. La funzione di giustizia del giudice conserva, cioè, in ultima analisi, tutta la propria importanza. Soltanto, il suo esercizio può essere spostato quanto al tempo ed all'oggetto, invertendosi talvolta anche la impostazione stessa del giudizio (dal tema dell'inadempimento di una parte e delle sue conseguenze, al tema della legittimità della reazione dell'altra parte; con che può anche avvenire, che chi in origine sarebbe stato attore diventi convenuto e viceversa). E nel maggior numero dei casi (se la reazione sia legittima), praticamente il giudice non verrà nenche più invocato, perchè ormai non c'è più interesse di nessuno ad invocarlo, o, se venga invocato, non farà più luogo a provvedimenti di sanzione.

§ 20. — *Componimento e conciliazione delle controversie.*

IL COMPONIMENTO e la composizione delle controversie in
118 via convenzionale e, in genere, per mezzo di atti di carattere negoziale, è un fenomeno di tutt'altro genere, rispetto a quelli precedentemente considerati. Però, a nostro avviso, va considerato anch'esso nell'ambito della difesa stragiudiziale delle proprie ragioni, in senso lato.

Prendiamo in esame a questo effetto il caso principe, quello della transazione (di cui v. cenno già più addietro al § 11, n. 72). È sorta una lite o una controversia. Sia o non sia essa già portata all'esame del giudice, le parti hanno già reciprocamente affacciate delle pretese di azioni e di eccezioni da far valere.

Non si sa se e quali fra queste siano fondate. A questo punto le parti stesse possono evitare di far risolvere dal giudice la controversia con provvedimenti di rigida applicazione del diritto (che potrebbero sboccare o nella applicazione di sanzioni o viceversa nell'accertamento che tale applicazione non può aver luogo). Possono convenire, cioè, di regolare i rapporti fra di loro, in modo da conseguire e da attuare dei risultati in un certo senso intermedii e, in questo senso, parzialmente diversi da quelli che ciascuna di esse pretendeva o avrebbe preteso di attuare, attraverso i provvedimenti del giudice (v. la definizione dell'art. 1764 cod. civ.). Fra chi pretende cento e chi sostiene di non dover dar niente, fra chi pretende subito e chi pretende aver tempo cent'anni, fra due parti ciascuna delle quali pretende che soltanto l'altra sia inadempiente, si capisce che le vie di mezzo sono infinite. Quando ciascuna consenta od abbandoni qualche cosa delle proprie pretese, ma in qualche cosa ottenga soddisfazione o promessa di soddisfazione dall'altra, e questo accordo, fatto di reciproche concessioni (rispetto alle pretese iniziali), venga tradotto in un apposito contratto bilaterale fra loro, sorge la transazione. Questa implicherà, di solito, la sostituzione del nuovo accordo, come fonte o come atto costitutivo o regolamentare di diritti di obbligazioni (certe), agli atti o fatti precedenti, da cui sorgevano pretese diverse e contrastanti.

In questo senso la transazione è un contratto, che ha contenuto (oggetto) materiale, di diritto sostanziale. Ma, in quanto l'intento comune delle parti è di eliminare così la controversia, con l'effetto di estinguere rispettivamente azioni ed eccezioni (già sorte allo stato di opposte pretese), esso implica anche una disposizione rispetto a queste ultime, nel senso di eliminarle ed estinguerle. Anzi dal punto

di vista della causa del contratto, la considerazione di questo effetto ha carattere dominante e determinante. E così può dire la legge (con espressione drastica, se pure non esattissima), che le transazioni « hanno fra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile » (art. 1772). A rigor di termini, non si tratta di « autorità », bensì di effetti costitutivi del negozio (secondo i principii ordinarii sugli effetti costitutivi dei contratti). In conclusione però, il risultato pratico empirico è effettivamente affine. Quando una parte voglia proporre o riproporre in giudizio le azioni o in genere le pretese venute meno a seguito delle transazioni, non le si potrà opporre una eccezione od una replica « di giudicato». Però le si potrà opporre una eccezione, che preclude egualmente la possibilità di ottenere, che il giudice ne conosca e provveda in merito, e che può qualificarsi: eccezione di estinzione (preclusiva) per effetto della transazione.

Ogni più approfondito esame circa i requisiti e gli effetti esorbita dai limiti della nostra trattazione, appunto perchè appartiene alla materia dei contratti.

Bisogna piuttosto che torniamo al punto di partenza: perchè si può dire che la transazione partecipa (almeno per affinità) dei fenomeni di difesa stragiudiziale? Questo ci sembra ormai chiaro. Quegli che pretendeva cento e in transazione ha conseguito cinquanta, questi cinquanta se li è assicurati. Sono meno, sono pochi, ma sono sicuri e tangibili. Non ha più l'alea del giudizio, non ne avrà le spese, non ne avrà le lunghe more. E non è questa una difesa, sia pure conseguita con sacrificio?

ANCHE LE RINUNCIE (ad azioni od eccezioni v. sopra
119 § 11, n. 72) possono rappresentare un mezzo o uno spediente di componimento di controversie o di litigi, in quanto siano intenzionalmente dirette ad eliminarli in tutto o in parte (e non siano determinate invece da una causa di altro ordine, come per esempio quello di compiere una spontanea liberalità. Evidentemente esse rappresentano una efficace difesa delle proprie ragioni... per chi le riceve o

le ottiene, e non per chi le accorda. Ma chi le ottiene, di solito, avrà fatto, da parte sua, qualche cosa per ottenerle; avrà fatto opera di persuasione, avrà fatto atti o minacce di difesa stragiudiziale o anche giudiziale, dei quali l'altra parte abbia avuto ragione di preoccuparsi. In questo senso è chi ottiene la rinuncia altrui, che si difende, e l'atto di rinuncia, in sè e per sè, non è che l'espressione o il risultato del suo successo.

D'altra parte, se è vero che la rinuncia, in sè e per sè, è atto unilaterale (e che talvolta può avere figura di negozio astratto e non causale), può anche essere che la emissione di dichiarazioni di rinuncia, sia atto esecutivo di precedenti accordi bilaterali, oppure sia negoziata con un certo carattere commutativo, per il conseguimento di qualche altro risultato, inserendosi direttamente su un negozio bilaterale. In questo ultimo caso, può essere che la rinuncia si riduca ad elemento del contenuto di una transazione (art. 1768 cod. civ.). Ma può anche inserirsi in negoziazioni, che non rientrano propriamente in quella figura. La transazione suppone, infatti, che vi sia una controversia sul fondamento delle rispettive ragioni delle parti. Ma se, per esempio, un creditore si trova di fronte ad un debitore, il quale non paga, non già perchè abbia delle buone ragioni da opporre, ma unicamente perchè è povero in canna (e non lo nasconde), materia per una transazione vera o propria non c'è. Tuttavia il creditore di cento può rinunciare ad agire giudizialmente per i suoi cento, se il debitore gli paga, a vista, cinquanta, venti, dieci. Il negozio, sboccando in una rinuncia ad agire per il di più, è efficace ed è valido fra le parti. Il debitore si è messo al coperto contro ulteriori azioni, ma il creditore intanto ha difesi, con successo, quei pochi che ha presi.

Anche la rinuncia come sappiamo (sopra n. 72 cit.) ha effetti costitutivi, nel senso che estingue l'azione o l'eccezione rinunciata, e quindi dà luogo ad una eccezione o ad una replica del tutto analoga a quella nascente dalla transazione, nel senso chiarito testè.

La legge non solo ammette tutte queste forme di compo-

nimento e di eliminazione dei litigi, ma le favorisce. A questo tendono tutte le disposizioni sulla « conciliazione».

120 La CONCILIAZIONE non è che un'altra espressione, che si usa per rappresentare il componimento delle controversie, tanto per via di transazione, che per via di rinuncia; ma più specialmente lo si usa in quei casi, in cui lo si raggiunga con l'intervento e per l'opera di persuasione, spiegata fra le parti da terzi e segnatamente da pubblici organi od uffici, ai quali le legge stessa attribuisca tali mansioni. Nel qual caso il verbo «conciliare» usato in forma transitiva serve ad esprimere questa specie di attività catalitica (e gli si dà grammaticalmente per oggetto « le parti», anzichè la lite; es. art. 417 cod. proc. civ.), mentre in forma riflessiva esprime il consentire o il concordare delle parti, come quando si dice che « si conciliano » (es. art. 6 stesso codice).

Varii sono gli uffici a cui la legge, più o meno esplicitamente, affida compiti o mansioni conciliative, anche fuori dell'ordine giudiziario, a cominciare dagli ufficiali di polizia (art. della 1 legge di pubblica sicurezza), fino agli organi ed uffici sindacali e corporativi, per tacere di tante altre commissioni, comitati ecc., chiamati in modo permanente o transitorio ad interessarsi, a questo scopo, di particolari materie.

Ma anche più significativo è, che gli stessi organi ed uffici giudiziarii devono talvolta adoperarsi per la conciliazione, prima o invece di decidere o di provvedere. I giudici conciliatori (che traggono dunque proprio di qui la loro qualificazione), mentre hanno una competenza limitatissima come organi giurisdizionali decidenti (e lo vedremo nella parte speciale della trattazione), possono essere invocati per tentare il compimento di qualunque controversia, suscettibile di transazione, nelle forme di cui agli artt. 1 e seguenti del codice di procedura civile. Per verità, la applicazione pratica di queste disposizioni è sempre stata scarsissima, e si è ridotta pressochè a zero. Ma esse sono pur sempre sintomatiche, per quanto concerne il pensiero del legislatore (anche se il pensiero si sia ridotto ad una

illusione). Conciliatori e pretori devono comunque tentare d'ufficio la conciliazione prima di decidere, anche quando siano stati aditi per l'esercizio delle loro funzioni di organi decidenti (art. 417 e 464 cod. proc. civ. e disposizioni complementari delle leggi 16 giugno '92 e leggi successive in materia). In svariate materie, il tentativo di conciliazione è obbligatorio anche da parte dei tribunali e di altri organi della autorità giudiziaria o da parte delle giurisdizioni speciali competenti. Gli esempi sono svariatissimi: dalla separazione personale fra coniugi alle opposizioni a decreti di ingiunzione, alle questioni di riparto in sede di esecuzione forzata. Particolarmente significativo è il caso delle controversie individuali del lavoro, nelle quali il giudizio non può aver corso, se non abbiano avuto luogo due successivi e diversi tentativi di conciliazione, uno da parte degli organi sindacali e uno da parte dei giudici. I quali devono poi ripeterlo anche in sede di impugnativa, se la causa venga decisa per sentenza, ma questa venga appellata (per il che dobbiamo rimandare alle relative leggi speciali).

Questo favore della legge per le conciliazioni, si spiega pensando, che la rigida applicazione della legge in via di sanzione, può richiedere qualche volta perdite di tempo e di spese per le parti e di pubblica attività per lo Stato, sproporzionate alla entità dell'oggetto di cui si contende, nel qual caso (considerando le cose nel loro complesso) gli inconvenienti e i danni pratici preponderano, anche socialmente, sul vantaggio di una maggiore finezza di risultati. E poi ci sono i casi dubbii, nei quali è anche dubbio se, litigando fino in fondo, si arriverebbe proprio ad una esattezza impeccabile dei risultati: anche i giudici si possono sbagliare. Ci sono i casi in cui la inflessibilità dei puri criterii legali, spinti fino agli apici, urta contro sentimenti di umanità, di carità e qualche volta di semplice « correntezza » commerciale: ci sono sempre delle altre forze in giuoco in quegli stessi fenomeni di cui si occupa il diritto (cfr. il § 3, n. 8). D'altra parte lo stato di litigio, quando si perpetua, diventa patologico, in quanto implica una evidente incertezza circa le sorti dei rapporti

controversi, e qualche volta anche circa la situazione e le sorti economiche delle parti, e comunque sospinge le parti ad ogni sorta di spedienti pur di trionfare, ciò che non giova alla verità e alla giustizia, ed è fecondo di attriti e qualche volta di tenaci rancori. Per tutte queste ragioni si ritiene, che possa esser preferibile indurre le parti a tagliare rapidamente i nodi anzichè aggrovigliarli, litigando, fino a che il giudice arrivi a scioglierli. Nel che c'è del vero e c'è del buono, purchè non si esageri fino a svalutare nella sua essenza il rispetto al diritto.

Naturalmente, quando il giudice sia chiamato a far opera di conciliatore, non esercita i suoi poteri sovrani di giustizia, ma si riduce (e talvolta — non bisogna nasconderlo — anche con pregiudizio delle sue più alte funzioni) ad un autorevole mediatore. Per questo, escludendo queste mansioni dalla giurisdizione propriamente detta (amministrazione della giustizia), le ascriveremo più avanti (v. il capitolo seguente) alle mansioni o attribuzioni di giurisdizione volontaria.

Si tratta pur sempre tuttavia di pubbliche funzioni; e ne vediamo le conseguenze nella efficacia attribuita al « verbale », in cui venga consacrato l'accordo fra le parti, con cui si compone la lite. Talvolta la legge lo dichiara addirittura « titolo esecutivo » (in quanto implichi, ben s'intende, costituzione o riconoscimento di obbligazioni o di obblighi coercibili), altra volta lo equipara alle scritture private riconosciute in giudizio (cfr. per esempio art. 12 legge 16 giugno '92 sulla competenza dei conciliatori, art. 6 regio decreto 20 settembre '22 sul procedimento avanti al pretore).

121 Non in tutte le materie, naturalmente, è ammessa la possibilità di componimenti fra le parti. Bisogna che si tratti di rapporti o di oggetti, dei quali le parti stesse abbiano la facoltà di disporre (nel senso di cui sopra al § 3, n. 11). Il codice civile veramente, a proposito di transazione, parla di « capacità di disporre », ma è una formula ambigua, che congloba due cose, che non si dovrebbero con-

fondere e cioè: la facoltà di disporre con atti di volontà negoziale e senza intervento di pubbliche autorità (dal quale punto di vista si debbono escludere, per esempio, le materie di stato delle persone, le materie che sono oggetto di pubbliche funzioni e in genere quelle di ordine pubblico) e la capacità personale di contrattare (da quel punto di vista gli incapaci debbono essere rappresentati ed assistiti, e l'atto si considera eccedente la semplice amministrazione: cfr. per es. art. 296 capov., 301 ecc. cod. civ.). Nello stesso senso è l'art. 2 cod. proc. civ. per la conciliazione.

Si avverta però, che talvolta la legge ammette ed incoraggia la conciliazione, con apposite disposizioni speciali, anche in materie di ordine pubblico. Ma in questi casi essa prescrive che il contenuto dell'atto sia soggetto ad un controllo giudiziale specifico (es. separazione fra coniugi: art. 808 e 811 cod. proc. civ.), il quale controllo va pure ascritto alle mansioni di giurisdizione volontaria (v. capitolo seguente).

A questo ordine di idee si connette anche quanto stiamo per ricordare, a proposito di concordati amichevoli, fallimentari e prefallimentari.

§ 21. — *Concordati.*

IL CONCORDATO IN GENERE, è, in sostanza, un accordo
122 fra un commerciante che stia per cadere o sia caduto in istato di fallimento, e i suoi creditori chirografarii, con cui questi ultimi gli concedono delle dilazioni al pagamento e normalmente anche una parziale remissione dei suoi debiti, in egual misura per tutti, con che egli si impegni di pagare il resto puntualmente a determinate scadenze, pur esse eguali per tutti.

In sostanza, il contenuto dilatorio e remissorio dell'accordo è di quel tipo, che abbiamo visto esser possibile anche individualmente (sopra n. 119).

È chiaro, che con una serie di accordi individuali di questo genere qualunque debitore più o meno dissestato può

alleggerire il peso dei suoi debiti e magari sanare una situazione, che lo esporrebbe altrimenti allo sfacelo.

Questo è possibile anche da parte di chi sia soggetto alla procedura di fallimento od a procedure analoghe (commercianti, società commerciali, altri enti soggetti a liquidazione forzosa: sopra § 9, n. 55 e § 17, n. 114). E nulla esclude che si accordi con tutti, individualmente, uno per uno, e li tratti anche in diverso modo, purchè tutti lo sappiano e vi si acconcino. Però, in questo caso, basta che anche uno solo non presti il suo consenso e non venga poi soddisfatto, perchè possa divenire inevitabile il fallimento, e allora possono esser soggetti ad annullamento, risoluzione o revoca anche gli accordi individuali con gli altri. Similmente vi potrà esser luogo a fallimento, con le stesse conseguenze, se il dissestato lasci credere di aver fatto a tutti individualmente un eguale trattamento, e poi risulti che ci sono stati dei favoriti e degli sfavoriti. A questi risultati portano, senza bisogno di particolari disposizioni di legge, le regole generali anche in relazione a quelle date sulla parità di trattamento dei creditori nel fallimento (v. sopra § 9 n. 54 e § 18). In questi casi si parla, nella pratica, di «sistemazioni stragiudiziali» e anche di «concordati amichevoli stragiudiziali». Siamo in sostanza sul terreno di un componimento volontario, sebbene generalizzato rispetto a tutti i creditori o almeno a quelli chirografarii.

Ma, fuor di questi casi, la legge dà delle disposizioni espresse circa la conclusione di accordi di carattere piú schiettamente collettivo, universale, fra creditori e debitore dissestato.

CONCORDATI «fallimentari» o rispettivamente «preven-
123 tivi», si chiamano precisamente gli accordi collettivi, conclusi secondo delle regole o disposizioni particolari, introdotte dalla legge allo scopo precipuo di favorirli, dove concorrano determinate condizioni.

In sostanza ed in breve:

il fallito, in qualunque momento della procedura fallimentare, può proporre ai suoi creditori (chirografarii) di

tacitarli, pagando loro a determinate scadenze una determinata percentuale sull'ammontare dei loro crediti, con che rinuncino al resto, e ciò all'effetto di ottenere che venga chiuso il fallimento ed egli sia restituito nella disponibilità dei suoi beni (senza di che non potrebbe evidentemente pagare quanto promesso).

Se tutti consentano, il tribunale, verificata in via di delibazione la regolarità e validità (per quanto possa giudicarne) di queste adesioni totalitarie, può « omologare » il concordato e chiudere il fallimento.

Ma in pratica la speranza di ottenere delle adesioni totalitarie è chimerica. E qui interviene più radicalmente la legge. Essa dispone infatti, che se la proposta avanzata dal fallito, raccolga, con certe particolari garanzie di forma o di procedura, la adesione di certe maggioranze dei creditori ammessi al passivo (più della metà di numero e più di tre quarti dell'ammontare) il tribunale, verificata non solo la regolarità della procedura, ma anche la serietà del contenuto dell'accordo (« concordato ») e la (relativa) sicurezza del suo futuro adempimento, può « omologarlo », rendendolo così obbligatorio anche per i creditori non aderenti o dissenzienti. E con ciò chiude il fallimento. Per i « piccoli fallimenti » al tribunale è sostituito il pretore.

Qui veniamo ad avere un tipo singolare di componimento o di sistemazione universale, che in parte ha un fondamento consensuale, ma per il resto è coattivamente imposto, per provvedimento della autorità giudiziaria.

Dello stesso tipo è il fenomeno, che si può verificare anche quando un commerciante dissestato voglia proporre un concordato ai suoi creditori, collettivamente, prima (e invece) di denunciare la cessazione dei pagamenti per gli effetti della propria dichiarazione di fallimento (sopra § 9, n. 45). Se non si tratti di un dissesto della modesta entità di un « piccolo fallimento », la proposta va presentata al tribunale con la istanza per la convocazione dei creditori; bisogna che la proposta offra il pagamento di una percentuale non inferiore al 40 % e sia accompagnata da serie ed effettive garanzie di adempimento. Il tribunale, verificata la regolarità dei libri, verificata sommariamente la rispondenza della proposta ai requisiti di legge, accertato che non ostino certi motivi di indegnità, ordina la convocazione, nominando un commissario giudiziale e un giudice delegato per il controllo della gestione dell'azienda (che continua) e per indagare la reale situazione patrimoniale, le cause del dissesto ecc. Segue una complessa procedura di convocazione dei creditori, con verificazione sommaria dei crediti all'effetto del voto, relazioni, discussioni, adunanze, votazioni. Finalmente se la proposta risulti che ha raccolto le maggioranze volute (più della metà dei votanti e più dei tre quarti dell'ammontare dei crediti chirografarii), il concordato viene sottoposto alla omologazione del tribunale. Questo deve definitivamente verificare la regolarità della procedura, la serietà della proposta e delle garanzie, la rispondenza fra la percentuale proposta e le possibilità economiche del dissestato e ogni altro requisito di legge. Se l'esito sia favorevole, omologa con sentenza e il concordato diventa obbligatorio anche per i creditori non aderenti o dissenzienti; cessa la possibilità del fallimento per il debitore concordatario e questo riprende la disponibilità dei suoi beni e la gestione della sua azienda (salve quelle limitazioni, che siano introdotte con il concordato medesimo, secondo il tenore del suo testo). Naturalmente, se il tribunale non creda di ordinare la convocazione dei creditori o se anche in corso di procedura risulti che non ricorrono gli estremi voluti o se il concordato non raccolga le maggioranze di legge o comunque non venga omologato, il tribunale dichiara il fallimento.

Questo può poi essere dichiarato anche succesivamente, se il debitore non adempia agli obblighi assunti col concordato.

La procedura è estremamente semplificata e sono eliminati molti dei requisiti sopra accennati (a cominciare dal minimo della percentuale), se il dissesto non ecceda l'entità di un piccolo fallimento.

Quello che vale per i commercianti, vale per le società commerciali, che però sono ammesse alla procedura di con-

cordato preventivo solo se regolari, e salve le complicazioni relative alle società con soci a responsabilità illimitata, il cui fallimento implica di regola anche quello (per estensione) dei soci responsabili.

Ogni maggiore dettaglio dobbiamo necessariamente riservarlo alla parte speciale sul fallimento (ultima della nostra trattazione), e per ciò ci dispensiamo al solito da citazioni, in questa sede, di leggi e di articoli.

Qui, per ora, interessa soltanto il fenomeno in sintesi, sotto il profilo del componimento (inteso qui in senso lato).

RAGIONI DELLA LEGGE: confluiscono evidentemente nel
124 regime dei concordati varie correnti e varii ordini di considerazioni. Domina innanzitutto, su tutto, una scarsa fiducia nei risultati della liquidazione fallimentare di patrimonii in dissesto. Ed in linea generale essa è perfettamente giustificata, per ragioni intuitive. I creditori aderenti evidentemente obbediscono al solito criterio delle composizioni remissorie (meglio prenderne pochini, ma relativamente sicuri o quasi, che perseguire un risultato remoto ed incerto, che può risolversi in niente). Quando sia in questo senso l'opinione dei più, e l'autorità giudiziaria, che conduce e controlla la procedura, non ritenga giustificate migliori speranze, si può ritenere quell'apprezzamento fondato e ragionevole, anche in relazione alle circostanze concrete del caso. Ma consentire di concordare ad un gruppo di creditori e non agli altri non si può, non solo per rispetto al principio della parità, ma perchè altrimenti non si potrebbe evitare di aprire o di tenere aperta la procedura di fallimento, e il concordato diventerebbe di impossibile esecuzione. E allora si deve consentire ai dissenzienti o magari ad uno solo, di fare lo svantaggio dei più ? La legge pensa di dover risolvere, in massima, negativamente. Ma senza dubbio concorrono a sospingerla su questa via altre considerazioni, e cioè che anche alla pubblica economia può essere più dannosa una procedura fallimentare protratta e portata fino in fondo, con incertezza di risultati, che una rapida soluzione, che dia senz'altro a ciascun creditore la misura del sacrificio che sarà costretto a sopportare, ed eventualmente consenta al dissestato di riprendere la sua attività, in condizioni chiarite e migliorate o quanto meno gli consenta di provvedere egli stesso alla liquidazione del patrimonio, con risultati probabilmente meno disastrosi per lui e per gli altri.

D'altra parte non si può dire, che anche attraverso un concordato il dissestato non subisca una sanzione della sua insolvenza. L'esecuzione del concordato finirà infatti per assorbire, se non tutti, almeno in massima parte i suoi beni.

Soltanto quando si tratta di concordato preventivo, che per il dissestato rappresenta senza dubbio un maggiore beneficio, la legge vuole che in qualche modo se ne dimostri «degno» (abbia i suoi libri in regola, non sia recidivo, offra una percentuale ragguardevole, possa offrire garanzie, possa dimostare che il dissesto non è dovuto a suo dolo o colpa grave).

Così si spiega il sistema, e, con questo, anche l'intervento dell'autorità giudiziaria per favorire, ma anche per controllare. Nel qual senso, la sua missione implica senza dubbio elementi che qualificheremo (v. il capitolo seguente) di giurisdizione volontaria, ma implica nello stesso tempo anche elementi e caratteri di giustizia a scopo di sanzioni (giurisdizione propriamente detta), non foss'altro perchè, in definitiva, spetta alla autorità giudiziaria l'ultima parola nell'alternativa: concordato oppure continuazione o apertura del fallimento.

In ogni modo, pur tenendo conto di queste varie considerazioni, possiamo dire che il «concordato», in un certo senso, rappresenta uno dei vertici, a cui si spinge quel favore per le soluzioni di componimento del quale abbiamo parlato più sopra.

Questo stesso favore spiega o concorre a spiegare (almeno in gran parte) anche il posto, che la nostra legge assegna o consente all'arbitrato, nelle sue varie forme. E non a caso troviamo infatti accoppiati nel codice di procedura civile, e collocati insieme in un titolo preliminare: «conciliazione e arbitrato».

§ 22. — *Arbitrati ed arbitramenti.*

L'ARBITRATO propriamente detto, è un modo di far risol-
125 vere, o talvolta anche di comporre, le controversie col ministero di terze persone (arbitri), senza adire o in vece di adire il giudice.

Il codice di procedura civile dispone espressamente (art. 8), che le parti possono «compromettere in arbitri» le controversie sorte fra di loro. Ammette inoltre (sebbene con formula indiretta, ma di cui è ormai quasi pacifico il significato: art. 12), che le parti possano compromettere preventimente in arbitri le controversie, che possano sorgere in futuro da un determinato contratto o da determinati contratti (rapporti contrattuali fra di loro o, a quanto si ritiene per interpretazione estensiva, anche quasi contrattuali, in senso lato).

L'accordo, prende nome di «compromesso» nel primo caso (art. 8) e di «clausola compromissoria» nel secondo.

Per quanto riguarda la sua formazione, e i requisiti di efficacia e di validità, ha tutti i caratteri di un contratto complesso: delle parti contendenti (vicendevolmente) fra di loro e di lor medesime (congiuntamente) con gli arbitri. Deve risultare da atto scritto (arg. dall'art. 11), ma può perfezionarsi in via di formazione progressiva, con atti anche materialmente successivi e distinti.

Fra di loro, le parti convengono in sostanza di far risolvere le controversie sorte (che in questo caso devono essere identificate almeno sinteticamente) o quelle che possano sorgere da determinati rapporti contrattuali o quasi contrattuali correnti fra di loro (il che basta a renderle identificabili), da una o più persone (in numero dispari), che prendono appunto il nome di «arbitri». Nel compromesso queste devono esser personalmente (art. 11) nominate o quanto meno (a quanto concordemente si ritiene) deve esser stabilito tassativamente il modo della loro nomina (per esempio, deferendola ad un estraneo o ad un ufficio determinato o lasciando a ciascuna delle parti di nominarne uno e deferendo ai due, e in difetto ad un estraneo o ad un

ufficio, la nomina del terzo). Nella clausola compromissoria invece può anche mancare la nomina o la determinazione del modo di nomina e in questo caso vi provvede la autorità giudiziaria (cfr. l'art. 12, per il che occorre poi istituire, a quanto si ritiene, un giudizio in contraddittorio nelle forme di un giudizio di cognizione).

Questo accordo, quando sia validamente concluso fra le parti nelle forme di legge basta, almeno per il momento, a derogare alle attribuzioni (competenza in senso lato) della autorità giudiziaria, nel senso che se una delle parti adisca la autorità giudiziaria per far decidere le controversie oggetto del compromesso o della clausola, l'altra può eccepire che il giudizio non è procedibile. E il giudice deve declinare in tal caso di decidere (cioè, come si dice volgarmente, deve declinare la propria competenza a decidere). Se però l'altra parte non sollevi l'eccezione, il compromesso o la clausola perdono effetto, e il giudice resta investito della controversia.

In questo senso, tanto il compromesso quanto la clausola compromissoria (per una interpretazione correttiva dell'art. 12 che letteralmente parla di una «obbligazione di compromettere») hanno effetti costitutivi (nel senso di escludere legalmente la funzione del giudice).

Con questo però non si può ancora dire, che gli arbitri siano già investiti (dalle parti) del compito di decidere. A questo effetto ulteriore bisogna che siano stati effettivamente nominati (ciò che può avvenire con atto o provvedimento distinto), accettino l'incarico (art. 13) e successivamente vi diano esecuzione (arg. dell'art. 34).

Se si tratta di compromesso e la nomina per qualunque ragione venga a mancare, o venga a mancare l'accettazione, o se gli arbitri (o alcuno di essi) abbandonino o declinino le proprie funzioni, risorge la attribuzione (competenza) della autorità giudiziaria di decidere (art. 34 «cessa il compromesso»). Nel caso di clausola compromissoria invece, anche nella ipotesi di vacanza sopravvenuta, può provvedere l'autorità giudiziaria alla nomina degli arbitri mancanti, nel modo detto più sopra (art. 12).

Quando gli arbitri siano stati nominati ed abbiano accettato, essi risultano investiti di un incarico congiuntivo delle parti (analogo al mandato), e solo congiuntamente revocabile, di provvedere all'esame ed alla decisione delle controversie, nel modo che ora diremo.

Se non adempiano all'incarico o lo declinino senza giusto motivo, dopo averlo accettato, sono tenuti ai danni (art. 34 ultimo comma). Se lo adempiano, hanno diritto a compenso per l'opera prestata (giurisprudenza costante).

Le parti possono espressamente convenire — ed è questo un punto caratteristico ed estremamente significativo per il significato e l'ordinamento di tutto l'istituto — che gli arbitri possano decidere le controversie loro deferite discostandosi dalle norme di diritto (cioè con criterii di «equità»: art. 20). In questo caso gli arbitri prendono il nome tradizionale di «amichevoli compositori» (art. 20 citato), appunto perchè in tal caso la loro decisione può rappresentare per il suo contenuto un modo di comporre la controversia, anzichè di risolverla come la risolverebbe il giudice, in via di applicazione di sanzioni.

Naturalmente l'arbitrato è ammesso soltanto in quelle materie, in cui sia possibile transigere o comporre direttamente la vertenza fra le parti (art. 8 cod. proc. civ. e art. 19 successivo; cfr. sopra n. 121).

Gioverà aggiungere che gli arbitri decidono, come vedremo (n. 127), con una loro pronuncia, che acquista poi efficacia di sentenza. Bisognerà dunque che si tratti di casi, in cui anche il giudice provvederebbe «pronunciando» (salvo eventuali atti successivi di esecuzione: v. il § 8, n. 46 e segg. e n. 51). Ciò anche perchè, come diremo (n. 128), gli arbitri non sono investiti di quei poteri strumentali, di cui è investito il giudice, e che sono essenziali allo svolgimento di ogni altra procedura (sopra § 13 n. 85; § 17 n. 103 ecc.).

La pronuncia deve esser preceduta da una «cognizione» degli arbitri (in senso analogo alla cognizione civile di cui al § 14, n. 90, e § 15 n. 92), che prende nome di «giudizio arbitrale».

126 Il giudizio arbitrale (come processo) può ridursi ai termini più semplici, ma un minimo di osservanze di forme è pur necessario, per la validità della successiva pronuncia.

Nel caso di compromesso può dirsi, che il giudizio abbia corso dall'ultima accettazione di arbitro, e da questo momento decorre il termine per espletarlo. Questo, se non sia stabilito altrimenti dalle parti, è di 90 giorni (arg. dall'art. 34 n. 3). Esso decorre senz'altro perchè in questo caso il compromesso (od uno degli atti da cui risulta) deve contenere già la indicazione almeno sommaria delle controversie e quindi ci sono tutti gli elementi per procedere al giudizio. Le parti potranno ancora specificare e chiarire all'inizio del giudizio i proprii «quesiti», ma questo non sospende il termine.

Nella clausola invece le controversie non possono esser indicate, perchè, a quel momento in cui viene stipulata, non sono ancora sorte. Perchè abbia vita e corso il giudizio, anche se gli arbitri son già nominati e accettanti, bisognerà quindi che una (almeno) delle parti le specifichi, con atto scritto comunicato all'altra parte ed agli arbitri, richiedendo che questi entrino in funzione. Naturalmente le parti possono anche consacrare in un atto bilaterale i quesiti rispettivi e richiedere congiuntamente agli arbitri di entrare in funzione. Comunque il termine decorrerà solo quando si siano verificati questi due requisiti: nomina e accettazione di tutti gli arbitri; proposizione dei quesiti di una almeno delle parti (anche se in questa ipotesi il primo atto dovrà essere quello di concedere un termine per la proposizione dei quesiti dell'altra).

Per il resto risulta dal codice (art. 14 e 17) che le parti trasmettono i loro documenti e le loro memorie agli arbitri senza alcuna formalità giudiziale (per il che gli arbitri possono fissare termini e prorogarli occorrendo). Il compromesso può fissare altre forme e termini per la istruttoria; in difetto non si applicano quelle giudiziali, ma provvedono anche per questo gli arbitri. È ammessa la pronuncia di sentenze non definitive (soprattutto per ordinare od organizzare la istruttoria, e in tal caso decorre un nuovo

termine per la pronuncia definitiva: art. 34 n. 3 secondo comma).

127 La pronuncia degli arbitri deve essere deliberata collegialmente (art. 21 al.), stesa per iscritto in un atto che assume forma analoga a quella delle sentenze del giudice nel processo di cognizione, e sottoscritta da tutti gli arbitri, con avvertenza però che, se qualcuno rifiuti di sottoscrivere dopo la deliberazione collegiale, basta che ne sia fatta menzione dagli altri e la pronuncia è ugualmente efficace e valida (art. 21 ultimo comma).

Il codice di procedura chiama addirittura «sentenza», la pronuncia come sopra rivestita di forma scritta. La pratica parla di solito di «lodo arbitrale».

In realtà la pronuncia, in sè e per sè, non si può dire che sia senz'altro una sentenza, perchè gli arbitri (che derivano il loro incarico dalle parti) non sono investiti di pubbliche funzioni e tanto meno di poteri sovrani, onde la loro pronuncia, in sè e per sè, non è munita di alcuna «autorità» od efficacia propria, originaria.

Vero è invece che quando sia rivestita della forma prescritta, essa, nei cinque giorni successivi, deve essere depositata (a pena di nullità), insieme col compromesso, presso la pretura del luogo; e il pretore, con un proprio decreto (sulla semplice delibazione della regolarità esteriore), la dichiara «esecutiva» (art. 24).

Questo decreto, che è un provvedimento della autorità giudiziaria dato nell'esercizio dei suoi poteri sovrani, attribuisce alla decisione degli arbitri quella autorità di sentenza, che altrimenti non aveva e non poteva avere. Se essa contiene delle «condanne» di una parte verso l'altra, da questo momento costituirà titolo esecutivo per l'esecuzione forzata. Se contiene delle declaratorie (anche se negative, come l'assoluzione) assumeranno fra le parti la autorità di cosa giudicata. Ed anche se contenga delle disposizoni sul tipo dei provvedimenti costitutivi (come: risoluzione o rescissione di contratti, discipline regolamentari di rapporti in corso, assegnazioni divisionali ecc.), anche queste spiegheranno la loro efficacia, semprechè non si tratti di attuare qualcuno di quei risultati che richiedono in modo insostituibile l'intervento del giudice (sopra § 8 n. 50, in fine), nel qual caso, del resto, si sarebbe già fuori della materia, in cui è ammessa la transazione e che possono compromettersi in arbitri. In ogni caso anche se la pronuncia sia di amichevoli compositori e si discosti effettivamente dalle norme di diritto, la decisione impedirà di riproporre le questioni già decise, generando una eccezione preclusiva che sta di mezzo per i suoi caratteri fra la eccezione di cosa giudicata in senso proprio e la eccezione di transazione e di rinuncia (sopra nn. 118 e 119).

Le impugnative contro le sentenze degli arbitri sono regolate da un sistema di norme apposite. Basterà ricordare, che l'appello e il ricorso per cassazione sono ammessi per le decisioni degli arbitri (il secondo solo quando essi abbiano pronunciato in sostituzione di un giudice di appello, su controversia già decisa precedentemente dal giudice o da altri arbitri in primo grado), solo quando gli arbitri fossero tenuti a decidere secondo le norme di diritto, e nel compromesso o nella clausola tali impugnative non fossero escluse (art. 28 e 29 e 31). In pratica si può dire che sono costantemente escluse. Se per caso non lo siano, allora le impugnative devono esser proposte al giudice di appello, che sarebbe competente come tale secondo le norme ordinarie o, rispettivamente, alla corte di cassazione, nelle forme ordinarie. Quando si tratti di amichevoli compositori, si capisce che questi rimedii siano automaticamente esclusi, perchè, dovendo i giudici decidere secondo il diritto, perderebbe ogni significato la clausola che agli amichevoli compositori consentiva viceversa di discostarsene. È ammesso in ogni caso il rimedio straordinariissimo della revocazione (art. 30).

Contro tutte le sentenze arbitrali è ammessa finalmente, in ogni caso, una speciale azione «di nullità», davanti ai giudici che sarebbero stati competenti a decidere le controversie (art. 32 cod. proc. civ.). L'azione di nullità può investire direttamente ed esclusivamente il lodo per vizii intrinseci essenziali di forma o di sostanza (aver esorbi-

tato dai limiti del compromesso, non aver deciso su tutti gli oggetti o deciso in modo contraddittorio), ma può investirlo anche per riflesso di vizii essenziali del modo di procedere degli arbitri (giudizio arbitrale), o per inosservanza dei termini prefissi e finalmente anche per riflesso di vizii (nullità, annullabilità, inefficacia) oppure di cessazione del compromesso o della clausola compromissoria.

Quando il lodo sia stato emanato in virtù di compromesso, l'autorità giudiziaria che annulla, decide il merito. Quando sia stato emanato in virtù di una clausola, deve riservare nuovamente il giudizio agli arbitri, salvo che dichiari nulla, inefficace o cessata la clausola medesima.

128 POTERI STROMENTALI simili a quelli dei giudici, non possono naturalmente riconoscersi agli arbitri, per la stessa ragione per cui non può riconoscersi una autorità propria autonoma alla loro pronuncia finale, e cioè che non sono investiti di pubbliche funzioni nè dei poteri relativi. Quindi non possono per esempio far tradurre testimonii con la forza pubblica (e forse nemmeno riceverne il giuramento ad effetti legali), non possono compiere atti esecutivi di sorta, concedere o revocare sequestri o altri provvedimenti cautelari in corso di giudizio ecc.

Non possono neppure attribuire ai loro atti o verbali la pubblica fede (ai sensi degli artt. 1315 e segg. cod. proc. civ.). Si ritiene invece che la loro sentenza faccia pubblica fede di quanto ivi asseriscano di aver fatto (per. es. aver deliberato collegialmente) o di aver rilevato coi loro sensi (per es. aver udito dire dalle parti o dai testi). Ciò vale però soltanto per la sentenza che sia stata resa esecutiva; e vi si deve scorgere, in tal caso, una specie di riflesso, a tergo, del decreto di esecutorietà, giustificato (più o meno) dalla considerazione, che non potrebbe esser investita della autorità di provvedimento una sentenza, che non abbia questa virtù di certificazione.

129 GLI ARBITRATI LIBERI (o cosiddetti « liberi » o « irrituali ») costituiscono un altro ordine di fenomeni, da non confondersi, per la loro natura e struttura giuridica, con gli arbitrati propriamente detti, di cui abbiamo parlato or ora. Anch'essi però hanno finito per entrare (per la finestra della pratica, se non proprio per la porta della legge) fra i modi o i metodi di « componimento », non solo di semplici divergenze o conflitti di interessi, ma anche di controversie vere e proprie. Onde dobbiamo pur farne cenno, a proposito di questo tema.

La loro origine non viene dal codice di procedura civile, ma piuttosto dagli « arbitramenti » di cui è traccia nel codice civile e in altre leggi. Si ammette, per esempio nel codice civile, che le parti, nella conclusione dei contratti, possono deferire a terze persone la determinazione concreta del contenuto di certe clausole o anche di certi elementi del loro oggetto. Ciò può avvenire in due modi: o attraverso un contratto preliminare o anche nella stessa conclusione di un contratto definitivo. Per es: due parti possono vicendevolmente promettersi di comprare e rispettivamente di vendere una certa cosa per un prezzo, che sarà determinato da una terza persona. Possono anche concludere un vero e proprio contratto definitivo di compravendita di quella tal cosa, pattuendo nel contratto stesso, che il prezzo sarà stabilito da un terzo (cfr. l'art. 1454 cod. civ., con molte limitazioni, e più largamente poi l'art. 60 cod. comm. per le vendite commerciali; v. anche l'art. 1718 cod. civ. La possibilità di generalizzare viene anche dall'art. 38 cod. comm. di cui più oltre).

In questa ipotesi, non si può dire che il terzo sia chiamato a risolvere o comporre una controversia, quasi in sostituzione del giudice. Concorre piuttosto alla formazione di un negozio pacificamente concluso o da concludersi. Questa è la figura tradizionale dell'« arbitramento » e il terzo, in questo caso, piuttosto che arbitro dovrebbe chiamarsi, secondo il linguaggio tradizionale, un « arbitratore ».

Analogo, ma non identico a questo, è il caso, comune in pratica, in cui, per la determinazione meramente tecnica della quantità di una prestazione dovuta, le parti conferiscano l'incarico di una stima o di una perizia a degli

«esperti», dichiarando (con frase corrente sebbene inesatta) che sarà «inappellabile». Stima o perizia conservano, in questo caso, tutti i loro caratteri di accertamento meramente tecnico, per il modo di procedervi (ciò che può essere estraneo al caso dell'art. 1454) e per il contenuto. Ma le parti restano contrattualmente obbligate ad attenervisi (salvo il caso di dolo o di mala fede o di colpa grave o di errori materiali dei tecnici).

Da questi casi, per gradi e a poco a poco, si passa a casi in cui vi è una divergenza da comporre, e finalmente ai casi in cui vi è veramente controversia.

Si supponga che due parti abbiano convenuto, che una di esse darà all'altra certe prestazioni, per un «giusto» prezzo o per il «giusto» compenso (art. 38 cod. comm.) o che l'obbligo di un «giusto» compenso sia sottinteso (es. art. 349 c. comm.). Le prestazioni hanno avuto luogo, e adesso si tratta di compensarle. I due d'accordo deferiscono ad un terzo di determinare la misura del compenso. Può essere, che i due abbiano preferito non discuterne neanche fra loro, onde non c'è nè contrasto, nè controversia attuale fra di loro, e non si sa neanche se sarebbe sorta. La funzione del terzo è analoga a quella dell'arbitratore o magari del perito «inappellabile», nei casi ricordati più sopra. Ma se è successo che, a cose fatte, uno pretenda di più e l'altro voglia dar di meno, non si può più dire che controversia non ci sia, almeno sull'orizzonte. Se non deferissero la cosa al terzo, chi non ottiene di farsi pagare quello che chiede, finirebbe per agire in giudizio davanti al giudice.

Si può anche complicare la ipotesi. Chi ha avuta la prestazione, fa questione di prezzo o di compenso, perchè sostiene che la merce era difettosa, che è stata consegnata in ritardo, che il servigio prestatogli è stato fatto male; pretende sconti, abbuoni, vuol compensare con l'ammontare di danni subiti. È chiaro, che qui c'è materia per il giudice: ci sono azioni vantate o pretese da una parte e dall'altra; ci sono eccezioni controverse. Se in queste condizioni i due concordano, che uno pagherà all'altro quel che un determinato terzo sia per dire (e si obbligano rispettivamente di pagare e ricevere a saldo), qui siamo evidentemente di fronte ad un componimento consensuale di una controversia, del quale il terzo deve determinare in tutto o in parte il contenuto o l'ammontare.

La funzione del terzo si può dire che assuma, se-
130 condo quanto abbiam detto, i caratteri della funzione degli arbitri nel senso del codice di procedura civile? No, perchè il terzo non è chiamato ad emettere una pronuncia, che possa esser resa esecutiva dal pretore, come una sentenza. Questa è la differenza essenziale che bisogna scolpirsi in mente.

Il terzo dà semplicemente una indicazione, alla quale le parti sono tenute contrattualmente ad attenersi, come se esse medesime avessero composto consensualmente la controversia, pattuendo direttamente tra loro (in via di transazione o di rinuncia ad ogni altra e diversa pretesa), che l'uno desse all'altro un «tanto», quel «tanto» che qui invece hanno fatto «dire» (determinare) dal terzo. La funzione del terzo è del tipo di quella dell'arbitratore e non dell'arbitro.

Se pur c'è qualche cosa di diverso, rispetto ai casi genuini di arbitramento (ad es. del prezzo nella vendita), dai quali abbiamo prese le mosse, sta soprattutto nella natura e nello scopo della convenzione fra le parti, che qui, a differenza di quei casi genuini di allora, è una convenzione a scopo di componimento, ciò che può rendere per riflesso più laborioso e più complesso il compito del terzo, di quel che non sia quando debba semplicemente concretare il prezzo di una vendita.

Discende da queste premesse, che quando il terzo abbia data la sua determinazione, se una delle parti non ottemperi agli obblighi assunti (es. non paghi quel tanto che il terzo era chiamato ad indicare e che egli si era obbligato di pagare), l'altra parte non potrà considerare questo fatto, se non come una inadempienza contrattuale; e non potrà far altro che agire nelle forme ordinarie davanti al giudice in base al contratto medesimo.

La pratica parla in questi casi di « arbitrato libero »
131 od « irrituale », appunto per contrapporlo all'arbitrato propriamente detto (o « rituale »), che è quello del codice di procedura civile; ed è andata molto avanti nelle applicazioni, finendo con l'ammettere l'arbitrato libero in tutti quanti quei casi, in cui sia possibile di comporre transattivamente una controversia.

In sostanza si ammette che le parti possano convenire fra di loro di comporre, ma lasciando (metaforicamente) « in bianco » il contenuto del componimento, e deferendo ad un terzo od a più terzi di determinarlo. Si è arrivati fino a questo punto: che le parti consegnino al terzo un foglio firmato da loro in bianco (nel senso materiale della parola), affinchè il terzo lo riempia, scrivendovi sopra la convenzione in cui dovrà sostanziarsi il componimento, e che varrà poi come una convenzione, che fosse stata conclusa e stesa per iscritto direttamente dalle parti medesime.

Sebbene la legge non dia nessuna disposizione intorno a queste « trovate » della pratica, la giurisprudenza ha finito, dopo qualche esitazione, per riconoscerne la validità, in base alle regole generali sui contratti, limitandosi a richiedere, come requisito, un « minimo » (che non si sa bene che cosa sia) di forma scritta per la convenzione. Conseguentemente ha anche ritenuto, che, quando le parti abbiano convenuto fra loro nel senso di ricorrere ad un « arbitrato libero » per risolvere una controversia, fino a che il terzo non abbia adempiuto al suo compito, non possano proporre davanti al giudice le azioni e le eccezioni nascenti dai loro rapporti originarii, e devono attendere che il terzo si pronunci. Quando si sia pronunciato, potranno agire, come si è detto sopra, solo in base alla convenzione di componimento (e non in base ai rapporti originarii). Solo se il terzo non si pronunci dentro il termine stabilito o nei modi stabiliti dalle parti, potranno considerare decaduto il componimento, ed agire in base ai loro rapporti originarii, da cui la controversia era sorta.

Sembra, a dir vero, che si sia finito per esagerare in questo senso, forzando anche i limiti che avrebbero dovuto

esser segnati dall'art. 1117 cod. civ. (determinazione dell'oggetto nei contratti). Ma su questo ha influito certamente quel favore verso i « componimenti » in generale, al quale abbiamo già accennato e sul quale torneremo.

Da notarsi che, data la differenza di fondamento e di natura fra arbitrato rituale ed irrituale (libero), nessuna delle regole del codice di procedura è applicabile a questo ultimo (libero).

La pronuncia del terzo non può essere impugnata direttamente come tale. Tutt'al più le parti potranno sostenere di non essere tenuti ad uniformarvisi nei rapporti fra loro, quando risulti fraudolenta o dolosa in danno di una di loro o ingiustificabilmente capricciosa od avventata (« evidentemente contraria all'equità », come direbbe l'art. 1718 cod. civ.).

I rapporti fra le parti ed il terzo od i terzi, ai quali è conferito l'incarico, sono regolati dalle norme sul mandato.

Per la difesa delle proprie ragioni, è intuitivo che
132 alle parti possono servire, in un certo senso, tanto l'arbitrato propriamente detto (« rituale ») che quello irrituale o libero; l'uno come un sostitutivo dei giudizii ordinarii (che però già inclina verso i metodi del componimento, quando gli arbitri siano per l'appunto « amichevoli compositori »), l'altro come modo di arrivare ad una soluzione concreta (sia pure in misura eventualmente decurtata), evitando il giudizio, nello stesso senso che abbiamo chiarito più sopra per i componimenti diretti fra le parti.

La pratica ha dimostrato e dimostra un enorme favore verso questi istituti, tanto che la clausola di arbitrato libero figura nei moduli di contratto usati in intieri rami di commercio; si sono istituite delle commissioni arbitrali permanenti presso varie borse merci (qualcuna regolata anche con norme legali), presso associazioni sindacali o consortili ecc. Molto si spiega con la fiducia di far presto, di spender meno, di affidarsi a persone esperte che possano risolvere direttamente difficoltà o dispute di carattere tecnico, merceologico ecc., là dove il giudice dovrebbe ricorrere al-

l'opera di periti (e chi sa poi quali) o ad altri mezzi di prova, lunghi, costosi e più o meno aleatorii. Per l'arbitrato libero si spiega soprattutto con la speranza di sfuggire a... rivelazioni pericolose verso il fisco, alle quali non si può sfuggire in giudizio.

A parte quest'ultima considerazione, gli altri sono vantaggi più o meno illusorii o delusorii, perchè in pratica all'arbitrato rituale segue, con più o meno successo, ma immancabilmente, la impugnativa di nullità del lodo; e all'arbitrato libero segue troppo spesso la inosservanza di qualche parte; cosicchè prima o poi si ricasca nelle contese e nelle spese giudiziali.

Più singolare in queste condizioni è il favore della legge, per cui, in varii ordini di casi, essa medesima impone alle parti di evadere dalla giustizia ordinaria, e sottoporsi all'arbitrato, perfino in materie che interessano la pubblica amministrazione (appalti di opere pubbliche, secondo il capitolato generale dello Stato; riscatto di concessioni amministrative, e di servizii pubblici ecc.), con norme imperative circa la costituzione dei collegi arbitrali, i termini ecc.. E ciò a tal segno che la giurisprudenza (con scarsa chiarezza di idee, a dir vero) ha finito talvolta col considerare dei semplici « arbitrati obbligatorii » di amichevoli compositori, sprovvisti di poteri giurisdizionali sovrani, come « giurisdizioni speciali ».

Si è lasciata trascinare da questa stessa corrente la giurisprudenza, largheggiando, come abbiamo visto, fino agli estremi limiti, nell'ammettere la validità degli arbitrati liberi.

Chiudiamo con questi accenni la rassegna dei modi di comporre o di risolvere le controversie, senza ricorrere direttamente (... almeno in primo tempo) ai giudici dello Stato.

§ 23. — *L'armamento preventivo a difesa dei proprii diritti.*

L'APPRESTAMENTO preventivo di mezzi e di « stromenti »
133 per far valere, occorrendo, i propri diritti, azioni od eccezioni, si ricollega anch'esso, secondo noi, sebbene in tutt'altro senso, alla difesa stragiudiziale delle proprie ragioni.

Qui non si tratta di ottenere soddisfazione quando si è già di fronte al « torto » altrui od al litigio già in atto o già imminente, ma di prevenire in genere le possibili contese e di predisporre di lunga mano, prima del momento critico, le armi o l'armatura di cui servirsi, in caso di bisogno.

Al qual proposito, conviene che ci rifacciamo, ancora una volta, un po' da lontano. Abbiamo parlato a suo tempo dei diritti soggettivi, distinguendo segnatamente con questo nome quelli « tipici », abbiamo parlato della loro « effigie » giuridica e dei fatti da cui questi diritti sorgono, si trasformano, si trasferiscono, si estinguono (§ 3 nn. 9 e segg.). Ma abbiamo anche avvertito, come non vi sia mai una certezza giuridica assoluta intorno ai singoli diritti e alla loro situazione, in ciascun momento, se non vi sia già in proposito un accertamento del giudice. Nella vita quotidiana i diritti si esercitano o si vantano, si trasferiscono, si acquistano, in base a delle apparenze più o meno attendibili: possesso, documentazione della loro origine e delle loro vicende ecc. (§ 10 n. 63). Questo importa, che chiunque crea (fa sorgere) o vuol acquistare un diritto o lo vuol far valere, anche stragiudizialmente, bisogna che abbia cura di munirsi di quegli elementi, stromenti, mezzi o sussidii accessorii, visibili o tangibili, che servano ad attestarne, anche di fronte agli altri, la effigie giuridica, l'origine, l'acquisto. Il suo diritto o il suo acquisto praticamente conta e serve in quanto gli altri ci credano o in quanto, in caso di bisogno, lo si possa provare al giudice (su di che si ricordino gli accenni già fatti all'onere della prova: § 14 n. 90 e § 15 n. 92). A questi effetti sono preordinate forme e formalità giuridiche, pubblici uffici con funzioni di docu-

mentazione e talvolta dei complessi apparati di accertamento amministrativo e di pubblicità (a cominciare dall'ordinamento del notariato e dalle disposizioni sugli atti pubblici; apparati dello stato civile; apparati di pubblicità degli atti relativi alla proprietà artistica, industriale ecc. ecc., ai diritti reali immobiliari, ai diritti su certe cose corporali mobiliari come navi, autoveicoli ecc.). Allo stesso effetto sono preordinate anche delle forme di documentazione diretta degli atti giuridici o dei diritti che ne nascono (scritture private in generale, titoli di credito nelle loro ormai infinite varietà e così di seguito). L'imparare a servirsi di tutti questi sussidii, è materia che appartiene o dovrebbe appartenere allo studio del diritto sostanziale, col quale è inscindibilmente connessa.

Qui vogliamo soltanto rilevarne la importanza, anche per il lato che riguarda la difesa. Qualunque persona avveduta, compiendo atti o negozii giuridici, dovrebbe sempre proporsi mentalmente, nel proprio interesse, il quesito: se e quali controversie possono un giorno esser sollevate (anche ingiustamente, anche infondatamente) in proposito, e che cosa essa può trovarsi, in tal caso, a dover provare al giudice. Sotto questo profilo, se è persona avveduta, bisognerà anche che si proponga di procurarsi e di serbare o di avere a disposizione, in tempo utile, i mezzi di prova opportuni o tutti quegli altri elementi, che le possano servire a stroncare o a far respingere per lo meno contestazioni infondate o pretese contrarie alla verità o alla buona fede e ad avere per sè, a proprio favore, la convinzione del giudice.

In questo senso, come c'è un arte di negoziare o di operare dal punto di vista tecnico-commerciale, c'è anche un'arte di negoziare dal punto di vista tecnico-giuridico della sicurezza e della efficienza. Come c'è un arte di creare o di acquistare diritti, c'è l'arte di armarli. Praticamente questa può essere non meno importante di quella; e naturalmente deve esser illuminata non soltanto dalla nozione della struttura o della dinamica dei diritti, ma anche da quella dell'ordinamento delle azioni e dei giudizii.

La legge si rende conto di queste esigenze e ne vediamo le traccie in tanti campi.

AD ESIGENZE di questo genere attingono, sotto il profilo
134 processuale, per esempio le norme legali (vincolanti per il giudice) sulla efficacia probatoria delle confessioni stragiudiziali, le norme legali sulla efficacia delle prove documentali; vi attingono almeno in parte le discipline sui libri di commercio. Sotto un aspetto apparentemente opposto, vi attingono le limitazioni alla prova testimoniale in giudizio. Sono tutte discipline delle quali riparleremo nella parte speciale, considerandole al momento in cui vengono in giuoco in giudizio. Ma volevano esser qui ricordate, in quanto per la pratica giova ricordarsene prima che il giudizio sorga.

A questo stesso ordine di previdenze o di provvidenze legislative, appartengono quelle che consentono in certi casi di « precostituire » delle prove, col concorso diretto od indiretto del giudice, anche prima che ci sia un giudizio pendente, ma in vista di litigi che possan sorgere. Menzioneremo in questo ordine di casi, per esempio la possibilità di far raccogliere dal giudice prove testimoniali cosiddette « a futura memoria » quando vi sia « fondato motivo di temere che « siano per mancare uno o più testimonii necessarii a far « valere un diritto od una eccezione ». Praticamente anche più importante (e di quotidiana applicazione), il disposto dell'art. 71 cod. comm., in quanto consente di far ordinare l'accertamento peritale preventivo della identità, qualità e condizioni di una merce o di una cosa, in vista di future contestazioni (nel qual senso, particolarmente significativo l'ultimo capoverso dell'articolo). La pratica, seguita dalla giurisprudenza, estende ormai largamente questo spediente, anche fuori dei casi dell'art. 71, per analogia e anche giovandosi più o meno correttamente del disposto dell'art. 51 cod. proc. civ. (che in realtà, però, non dice niente di positivo sui casi di sua applicazione).

Qui, è da notare che il giudice non esercita le sue funzioni decisorie agli effetti di dare provvedimenti finali su

una controversia già insorta. Esercita piuttosto dei poteri stromentali a scopo preventivo o cautelativo (eventuale), ma senza che ricorrano tutti i caratteri dei provvedimenti cautelari propriamente detti (di cui al § 15, n. 97 e segg.,); le sue mansioni in proposito appartengono piuttosto alle funzioni che esamineremo nel capitolo seguente sotto il nome di « giurisdizione volontaria ».

LA STROMENTAZIONE PREVENTIVA dei proprii diritti ra-
135 gioni azioni od eccezioni, non è detto che serva soltanto in giudizio contro pretese o contestazioni altrui. Molto spesso serve ad eliminarle o soffocarle, anche prima o fuori di lì, ed anche per questo conveniva farne cenno a proposito di difesa stragiudiziale. Quando, per esempio, qualcuno ingiustamente ci chieda un pagamento e noi siamo in grado di squadernargli sotto gli occhi una sua quietanza o una sua dichiarazione scritta di remissione del debito, probabilmente tronchiamo la questione; ed egli stesso non tenterà le sorti del giudizio o sarà sempre più facile, quanto meno, un ragionevole componimento.

Queste (come tante altre che veniamo dicendo) sono cose che in fondo sappiam tutti. Chiunque fa un pagamento (e non viva con la testa nelle nuvole) pretende la quietanza (e altrimenti non paga). La quietanza non è che una confessione stragiudiziale dell'avvenuto pagamento, che ne fa piena prova (art. 1358 cod. civ.). Che se la quietanza sia concepita o rilasciata « a saldo » di un certo debito, « a tacitazione » o con altre formule di questo genere, essa costituisce una difesa anche più piena e più sicura, perchè implica anche la rinuncia ad avanzare altre pretese in base allo stesso titolo.

La quietanza non è che un esempio, ma in pratica ci sono tanti altri atti (di tipo confessorio o anche di tipo negoziale) che non hanno per iscopo e per effetto di creare, modificare od estinguere rapporti giuridici, bensì di « fissare » delle situazioni preesistenti, in modo da metterle al sicuro da contestazioni altrui (riconoscimenti, approvazioni, conferme, clausole di « benestare », accertamenti convenzionali ecc.). Non sono gli spedienti, che mancano. Quel che importa è di sapersene servire.

Senza dubbio una maggiore riflessività, una più avveduta e meticolosa cura, un'arte bene intesa, nel senso di chiarire il significato e il valore di tutte le attività di carattere giuridico al momento opportuno e di acquisire gli opportuni presidii di difesa, in vista della labilità della memoria umana, in vista della possibile mala fede altrui (che è pur essa largamente umana), in vista della possibilità di dubbii postumi di interpretazione (anche di buona fede), in vista quanto meno del fatto che siamo tutti mortali (e gli eredi possono non sapere quel che abbia fatto il defunto), una cosiffatta cura e un'arte ben intesa in questo senso, riprendiamo, quando fossero razionalmente diffuse e coltivate, rappresenterebbero un rimedio contro la vana litigiosità e una garanzia di buon funzionamento dei meccanismi giuridici (anche di quelli della giustizia), assai più prezioso di tante (e tanto discusse) riforme processuali.

CAPITOLO QUARTO

DELLA COSIDDETTA GIURISDIZIONE VOLONTARIA E DI ALTRE ATTRIBUZIONI DEI GIUDICI

SOMMARIO: § 24. La giurisdizione volontaria: casistica. — § 25 (*continuazione*) La giurisdizione volontaria: provvedimento e procedimenti. — § 26. (*continuazione*) La giurisdizione volontaria: caratteri generali. — § 27. Le attribuzioni dell'autorità giudiziaria in materia di conflitti collettivi del lavoro.

§ 24. — *La giurisdizione volontaria: casistica.*

GIURISDIZIONE VOLONTARIA è una espressione tradi-
136 zionale, più o meno vaga, sotto la quale si possono comprendere, nella quasi totalità, quelle altre mansioni affidate ai giudici, alle quali ci è avvenuto più volte di accennare, che non rientrano nel loro compito istituzionale, fondamentale e caratteristico di applicare sanzioni.

L'espressione, in sè per sè, ci apprende poco sulla natura di queste mansioni. Si dice, che essa derivi dalla osservazione, che qui il giudice non provvede «contro» qualcuno («nolente»), ma piuttosto «a favore» di qualcuno, senza legittimo contrasto di altri («fra volenti»). Il che, per altro, non è neanche sempre vero. Piuttosto, in quest'ordine di idee si potrebbe dire, che qui, non trattandosi di applicare sanzioni, l'attività dei giudici non presuppone l'esistenza neanche virtuale di un litigio da risolvere (nel senso di cui al § 10, n. 69), anche se vi sia conflitto

o contrasto di interessi fra più soggetti, sul provvedimento da emanare; e allora la espressione (« giurisdizione volontaria ») assume il suo significato dal contrasto con l'altra « giurisdizione contenziosa » (o giurisdizione propriamente detta), con la quale ultima si allude alla funzione e ai poteri di amministrare giustizia in senso proprio, cioè nel senso veduto fin dai primi capitoli di questa nostra « parte generale ».

In ogni modo i nomi importano relativamente poco. Preme piuttosto di rendersi conto « in che cosa » consistano queste mansioni.

Diciamo subito, che sono frammentarie e sparse, e apparentemente disparate. Non si possono esprimere ed identificare, a nostro avviso, con un concetto unico che le differenzii e le comprenda tutte quante e non si può neppure raccoglierle in una categoria che trovi nei suoi caratteri intrinseci una ragione perentoria di essere affidata ai giudici, piuttosto che ad altri organi od uffici dello Stato. Infatti sono soltanto delle disposizioni particolari di legge, che possono investire ed investono i giudici di queste varie mansioni. Non già una norma organica generale, come quella che riguarda invece la applicazione delle sanzioni.

Questo aspetto del nostro ordinamento giuridico in materia, consiglia forse di invertire il metodo consueto e cominciare da una esemplicazione di casi, per vedere, poi dopo, se e quali caratteri comuni vi si ravvisino, e se da questi caratteri si può indurre, che esista per lo meno un criterio ispiratore comune alle singole disposizioni, che caso per caso devolvono ai giudici quelle mansioni.

LA CASISTICA potrebbe essere assai ricca, appunto perchè
137 frammentaria.

In relazione all'esercizio delle funzioni giurisdizionali penali, troviamo casi di questo genere: il giudice che assolve un imputato per infermità di mente, deve ordinare che sia « ricoverato » in un manicomio giudiziario (art. 222 cod. pen.). Lo spunto che dava il codice penale, nel caso analogo di assoluzione di minori di quattordici anni (rico-

vero in riformatorio, tenuto conto persino « delle condizioni morali della famiglia in cui è vissuto » (art. 224)), ha avuto sviluppo in un campo ben più vasto, con la istituzione del tribunale dei minorenni (regio decreto 10 luglio 1934). In questi casi evidentemente non si tratta (o non si tratta soltanto) di applicare una sanzione afflittiva (pena propriamente detta) per il fatto (reato) commesso, perchè il giudizio stesso dato in proposito esclude in tutto od in parte, la responsabilità o la imputabilità. Si tratta piuttosto di impedire che la persona, restituita alla libertà, possa riuscire pericolosa a sè stessa ed agli altri o cada (come potrebbe avvenire per il minore) in più gravi traviamenti; scopo evidentemente preventivo o di polizia.

Di questo genere, si può dire che siano, in fondo, tutte quelle « misure » che il codice penale giustamente chiama « amministrative di sicurezza personale » (art. 199 e seg.) e in parte anche quelle « di sicurezza patrimoniale » (fino alla cauzione di buona condotta: art. 237); c'è o c'è stata però qualche incongruenza nel loro regime di applicazione, quando si è ritenuto, ad esempio, che l'amnistia le estingua.

Ma ben più numerosi sono i casi di intervento del giudice senza carattere sanzionatorio, in materia di rapporti e di situazioni di diritto sostanziale civile (in senso lato).

Ce ne sono, per esempio, in ordine alla costituzione e al riconoscimento di persone giuridiche. In genere, la loro costituzione richiede un provvedimento da parte dello Stato (sopra § 4, n. 20), che è di « competenza » di organi od uffici amministrativi (ministero dell'interno, ministero delle corporazioni ecc.). Le società per azioni conseguono invece la personalità giuridica (« regolare ») attraverso un decreto della autorità giudiziaria (tribunale), che ordina la trascrizione, affissione ecc. dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 91 cod. comm. e disposizioni connesse). Applicazione di sanzioni? No, di certo. Piuttosto misura di controllo preliminare e preventivo, di legalità degli ordinamenti e di liceità del fine. E lo stesso si deve dire, dei decreti da darsi a proposito delle modificazioni dello statuto, scioglimento anticipato ecc. (art. 96 capov.).

In materia di capacità delle persone fisiche e di rappresentanza od assistenza degli incapaci, gli esempi potrebbero essere più copiosi.

Non appartengono, a nostro avviso, alla giurisdizione propriamente detta (contenziosa), e quindi rientrano nell'ambito della volontaria, i procedimenti e provvedimenti di interdizione e di inabilitazione (artt. 324 e seg. e 339 e seg. cod. civ.). Qui si riconosce per verità al soggetto interessato, un certo diritto processuale di difesa della propria capacità e libertà, contro chi vuol promuovere il provvedimento. (cfr. anche gli artt. 836 e segg. cod. proc. civ.). Ma non c'è una trasgressione di norme giuridiche, contro la quale reagire; non si tratta di applicare sanzioni (è forse una trasgressione di norme umane, come sono le norme giuridiche, l'essere infermo di mente?). Piuttosto si pensa (come avviene anche per i minori), che il libero esercizio delle ordinarie facoltà di disporre dei proprii beni, dei proprii diritti e talvolta della propria persona, da parte di chi non possiede il discernimento necessario, darebbe luogo a conseguenze aberranti ed incongrue, del tutto contrarie alla ragione stessa per cui, in linea generale, questa facoltà è riconosciuta a tutti i soggetti di diritto. Ne deriverebbero dei danni alla stessa persona, con turbamento di interessi economici e morali altrui e della stessa generalità dei cittadini.

Ma il fatto stesso di escludere o limitare la capacità (sia che avvenga per legge, come per i minori, sia che avvenga per provvedimento del giudice, come per gli interdetti e per gli inabilitati), rende correlativamente necessario provvedere, affinchè ci sia chi si prenda cura dell'incapace (nel senso sociale ed umano della parola) e delle sorti dei beni e dei diritti, di cui egli, sebbene incapace, resta titolare (sopra: § 4, n. 26). La legge si serve largamente, a questo scopo, degli ordinamenti della famiglia (onde l'istituto della patria potestà, della tutela e della curatela legale ecc.). Ma talvolta deve intervenire l'autorità giudiziaria, per provvedere alla costituzione dei relativi uffici (es. nomina del consiglio di famiglia: art. 250 e segg. cod. civ.). In ogni caso spetta all'autorità giudiziaria o dirigerne il funzionamento (es. presidenza del consiglio di famiglia: art. 251 cod. civ.) o in ogni caso controllarlo, almeno per quanto riguarda gli atti più importanti (onde tutto il meccanismo delle « autorizzazioni » od « omologazioni » giudiziali, prescritte per determinati atti, sia per il genitore esercente la patria potestà, sia per il tutore o per il consiglio di famiglia, per il curatore ecc.: es. artt. 224, 301, 319 capov. cod. civ.). Neppur qui certamente si tratta di applicare sanzioni, ma di intervenire preventivamente, per evitare deviazioni od abusi, controllare, vigilare per il miglior funzionamento di questi varii istituti.

Anche le persone giuridiche sono sottoposte bene spesso a vigilanza e controllo, con meccanismi di « autorizzazione » o di « omologazione » da parte di organi dello Stato, o vi sono soggetti i loro rappresentanti, amministratori ecc., Però (e il parallelo è significativo) queste funzioni sono demandate ad organi od uffici amministrativi (es. giunte provinciali amministrative in funzione di tutela, ministeri dell'interno, delle corporazioni ecc.).

A criterii affini, sebbene non confondibili con quelli relativi alla incapacità, sono ispirate le disposizioni dirette a provvedere alla gestione di beni o di patrimonii, quando il relativo titolare sia assente, sia incerto, sia ignoto, ecc.. Ed anche qui possiamo avere una serie di interventi della autorità giudiziaria a scopi organizzativi, di vigilanza o di controllo (sopra: § 4, n. 24; si ricordino, per esempio, e senza scendere qui a citazioni più specifiche, i casi della assenza, artt. 20 e seg. cod. civ., della eredità giacente, artt. 980 e seg., delle eredità devolute sotto condizione, art. 859 ecc.).

Interventi della autorità giudiziaria con carattere di vigilanza e di controllo (e non sanzionatorio), si riscontrano in materia di stato delle persone. Così la separazione consensuale fra coniugi non ha effetti legali se non sia omologata dal tribunale (art. 158 cod. civ., 811 cod. proc. civ.). Vediamo intervenire l'autorità giudiziaria nella legittimazione (art. 200 cod. civ.) e nell'adozione (art. 210 e seg. cod. civ.).

C'è una certa vigilanza di uffici giudiziarii (oltrechè del pubblico ministero) sulla tenuta dei registri dello stato civile (art. 357 e seg. cod. civ. e disposizioni connesse) e una funzione attiva in materia di rettificazione, correzione ecc. dei relativi atti, ricostruzione di registri ecc. (art. 265 e 401 e seg. cod. civ. e disposizioni connesse).

In materia di documentazione, ma in tutt'altro campo (e lo ricordiamo qui per affinità), c'è un certo controllo eventuale, (e molto... blando) dell'autorità giudiziaria, o di uffici giudiziarii minori, sulla tenuta dei libri di commercio (art. 23 cod. comm. e disposizioni connesse complementari o modificative); talvolta (e ci dispensiamo da citazioni più dettagliate) sull'esercizio delle funzioni notarili, sulla tenuta di registri destinati alla pubblicità degli atti (come quelli relativi alla pubblicità di atti immobiliari) e sulla relativa consultazione, rilascio di copie, collazione delle copie con l'originale ecc.

Nel campo delle successioni, vediamo spesso intervenire l'autorità giudiziaria nelle operazioni destinate preventivamente ad impedire le dispersioni o sottrazioni di beni, di documenti ecc. e ad accertare la consistenza dell'asse (opposizione e rimozione di sigilli, formazione degli inventarii ecc.: artt. 847 e seg. e 866 e seg. cod. proc. civ.). C'è una ingerenza dell'autorità giudiziaria nella accettazione e liquidazione di eredità con beneficio di inventario, di semplice documentazione e pubblicità in primo tempo, ma anche di controllo nel seguito (artt. 955 e seg. cod. civ., 875 e seg. cod. proc. civ.).

Alla giurisdizione volontaria riteniamo si debbano ascrivere anche gli interventi in materia di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (art. 2059 cod. civ., 900 e seg. cod. proc. civ.) e di separazione della dote dai beni del marito, sebbene qui possano innestarsi anche dei fenomeni di giurisdizione contenziosa (art. 1418 e seg. cod. civ.). Certamente appartiene alla giurisdizione volontaria l'autorizzazione alla alienazione, permuta ecc. dei beni dotali (art. 1405 e seg. cod. civ.).

ALTRI GRUPPI e altri tipi di casi sono già stati menzio-
138 nati più sopra ad altro proposito. Ricordiamo l'attività dei giudici allo scopo di promuovere la composizione delle controversie anzichè provvedere alla loro risoluzione (sopra § 20, n. 120 e segg.). Ricordiamo tutte le attribuzioni loro demandate per presiedere e dirigere la procedura di formazione di concordati fallimentari e (in modo ancor più caratteristico) di concordati preventivi, nonchè per il controllo finale della loro regolarità e dei requisiti prescritti per renderli obbligatorii anche per la minoranza dissenziente (§ 21, n. 122 e segg.). Ricordiamo le attribuzioni in materia di arbitrati e di arbitramenti, sia per quanto concerne l'eventuale nomina di arbitri e di arbitratori, sia per quanto riguarda la esecutorietà dei lodi (§ 22, nn. 125 e segg.). Ricordiamo il caso dell'esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche (sopra § 5, n. 20). Ricordiamo infine le attribuzioni a scopo di formazione o conservazione preventiva di prove: l'esame a futura memoria, la perizia preventiva ecc. (sopra § 23, n. 134).

Di altri casi ancora, potremmo far menzione in questo campo, preveduti da leggi speciali, come in materia di espropriazione per pubblica utilità, in materia di infortunii, di assicurazioni sociali e altre ancora. Ma l'esemplificazione fatta fin qui, ci sembra ormai abbastanza copiosa per dare una idea sommaria di tutto questo vasto, sebbene inorganico, complesso di compiti e di attività dei giudici, all'infuori della loro funzione istituzionale di applicar sanzioni.

Converrà soltanto che ricordiamo, per chiudere, una serie di possibili procedimenti che possono bensì sboccare, secondo le circostanze, nella decisione di eventuali controversie, ma possono anche chiudersi senza che ciò sia avvenuto, esaurendosi semplicemente in un intervento giudiziale per l'assestamento di determinati rapporti giuridici e per la eliminazione preventiva di eventuali cause di perturbamento nel meccanismo di certi istituti giuridici.

Tali sono i procedimenti che chiameremo «provocatorii», in quanto diretti a provocare l'esercizio di eventuali ragioni od eccezioni da parte altrui, per deciderne, se vengano proposte (nel qual caso si ricade nella giurisdizione

contenziosa), o precluderne l'esercizio o la possibilità, se non vengano fatte valere nei modi e nei tempi prescritti.

A questo gruppo appartiene in un certo senso la procedura per l'offerta reale di pagamento e per il deposito (artt. 1259 e segg. cod. civ.; 902 e segg. cod. proc. civ.), fino al momento in cui non dia luogo a contestazione da parte del creditore, a proposito della validità dell'offerta o del suo effetto liberatorio.

Più caratteristico e più nitido il caso della « purgazione delle ipoteche », che può esser promossa volontariamente dall'acquirente di immobili ipotecati, che non sia personalmente obbligato, per liberarli delle ipoteche che li gravino, ponendo il prezzo a disposizione dei creditori stessi, e salvo a costoro di promuovere invece la vendita agli incanti su un prezzo aumentato del decimo (artt. 2040 e seg. cod. civ., 727 e seg. cod. proc. civ.).

Dello stesso ordine, sebbene di diversa apparenza, sono in fondo tutti i varii procedimenti di ammortamento di titoli di credito, fino a che non insorga qualcuno, che si pretenda possessore legittimo di buona fede del titolo smarrito (o che si diceva smarrito), nel qual caso la procedura sbocca in una controversia di « revindica » (in senso lato) del titolo, in cui normalmente il soggetto che aveva chiesto l'ammortamento dovrà assumere posizione di rivendicante (esempii: ammortamento di titoli cambiarii, art. 89 della legge cambiaria 14 dicembre 1933 e disposizioni connesse; ammortamento di azioni di società commerciali, o di titoli di credito nominativi, anche se girabili, art. 7 del relativo decreto legge 7 giugno 1923, e poi: ammortamento di fedi di deposito, di lettere di vettura e di polizze di carico, di titoli del debito pubblico, di libretti di deposito a risparmio, ecc. ecc.).

Procedimenti provocatorii, o almeno episodii o « momenti » di questo tipo, si possono avere occasionalmente, e a varii effetti, in materia di espropriazione per pubblica utilità, di acque pubbliche, di costituzione di consorzi obbligatorii di vario genere, di opere idrauliche pubbliche e così di seguito.

Un posto a sè bisogna certamente assegnare infine
139 alla « delibazione delle sentenze straniere », caso, per dir vero, piuttosto anfibio (come anche altri, del resto) tra la giurisdizione contenziosa e volontaria.

Le sentenze di giudici stranieri, di per sè, non hanno autorità di provvedimento nel territorio e per gli organi ed ufficii del nostro Stato (§ 7, nn. 28, 29 e 30). Anche se contengano una condanna, non legittimano, per esempio, una esecuzione forzata su beni che si trovino nel territorio stesso; se contengano provvedimenti costitutivi o anche delle « declaratorie » con carattere di accertamento, non possono esser invocate davanti ai nostri giudici o ad altri organi od uffici pubblici qualsiansi, affinchè ne riconoscano la efficacia e la autorità, e ne deducano delle conseguenze giuridiche. Non si potranno invocare, ad esempio, affinchè si consideri sciolto un matrimonio celebrato nel Regno, anche se fra cittadini stranieri o divenuti stranieri, e ciò all'effetto di celebrare nuove nozze del Regno o riconoscere la legittimità e validità nel Regno di nuove nozze contratte all'estero.

Ciò dipende da quanto abbiamo ricordato fin da principio a proposito delle « sfera » in cui si esercita esclusivamente la sovranità del nostro Stato (nn. 28 e 29 citati sopra).

Però quando dei provvedimenti di sanzione civile, siano stati emanati da autorità giudiziarie straniere, le parti interessate possono ottenere, che vengano resi efficaci anche nel territorio del Regno, invece di chiedere che le nostre autorità giudiziarie pronuncino di nuovo, ed a caso vergine, sul merito.

A questo effetto, bisogna che chiedano un provvedimento cosiddetto di « delibazione » della sentenza straniera (cfr. art. 942 cod. proc. civ.), che le accordi « forza esecutiva » (regio decreto 20 luglio 1919 che ha sostituito l'art. 941 cod. proc. civ., con salvezza delle convenzioni internazionali, adottate con legge speciale nel Regno, rispetto a certi stati esteri).

La nostra autorità giudiziaria italiana (corte di appello)

dovrà esaminare se l'autorità straniera, che ha pronunciato, era competente a conoscere della controversia «secondo i «principii generali del diritto internazionale, con riguardo «particolare alle disposizioni del titolo preliminare del co- « dice civile, quando si tratti di sentenze pronunciate contro « un cittadino italiano »; dovrà esaminare se essa (autorità) era competente secondo la legislazione dello Stato in cui ha pronunciato; dovrà esaminare se la sentenza sia divenuta irrevocabile ed esecutiva secondo la legislazione medesima, se furono osservate nel giudizio certe formalità che si ritiene costituiscano garanzia indispensabile di giustizia del risultato, se la sentenza non sia contraria ad altra pronunciata nel Regno e non sia pendente nel Regno altra lite fra le stesse parti, sul medesimo oggetto (regio decreto cit.). È implicito, che debba anche esaminare se la esecuzione nel Regno non risulti contraria all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno o al buon costume, come inteso e concepito da noi (art. 12 disp. prel. cod. civ.).

Quando ricorrano tutti questi estremi, l'autorità giudiziaria accorda la «forza esecutiva», senza riesaminare il merito. Giurisdizionale contenziosa? Si dovrebbe forse dire fino ad un certo punto di sì, perchè si tratta di accertare tutti i presupposti che abbiamo accennato, con un giudizio in contraddittorio. E vi può essere in proposito controversia per le parti. Ma alle soglie del merito, l'esame si arresta. La sua funzione di accertamento viene ad esser limitata pertanto, ad un controllo estrinseco, compiuto il quale, il provvedimento che accorda la forza esecutiva, viene ad essere della stessa natura del decreto, che accorda la esecutorietà al lodo arbitrale o ad una sentenza ecclesiastica: atto di fede (da questo momento cieca) in una decisione di altra fonte; investitura meccanica, che perde a questo punto i caratteri della giurisdizione nel senso proprio (e pieno) della parola.

In modo analogo può essere accordata «forza esecutiva» a provvedimenti di sequestro dalle autorità straniere (art. 943) e a sentenze (lodi) «pronunciate da arbitri all'estero fra stranieri o fra un cittadino e uno straniero» (§ 4 del regio decreto citato, sostitutivo dell'art. 941, e salve anche qui le convenzioni internazionali adottate con legge dello Stato). Valgono per questi casi le stesse considerazioni. Ma forse anche più spiccato o prevalente diventa il carattere di giurisdizione volontaria del provvedimento, quando accordi «forza esecutiva» ad atti autentici stranieri, come titolo esecutivo nel Regno (art. 944) o a provvedimenti istruttorii (che ordinino per esempio l'assunzione di esami testimoniali, perizie ecc.; per il quale ultimo effetto, le disposizioni del cod. proc. civ. sono però quasi sempre sostituite od assorbite da convenzioni internazionali).

Un più approfondito esame dell'istituto, esula dalla nostra trattazione, per esser riservato al cosiddetto diritto internazionale privato (che si occupa viceversa anche di queste materie di schietto diritto pubblico). Qui bastava ai nostri fini farne menzione, per le consuete ragioni di completezza del nostro quadro.

§ 25. — *(continuazione) La giurisdizione volontaria: provvedimenti e procedimenti.*

I PROVVEDIMENTI finali, ai quali può metter capo
140 l'esercizio di attribuzioni di giurisdizione volontaria, come risulta dalla rivista di casi che siam venuti facendo, sono di contenuto assai diverso. Talvolta autorizzano o legittimano (come si è visto nei nn. precedenti) il compimento di determinati atti o l'emanazione di provvedimenti, che non si potrebbero compiere od emanare altrimenti con efficacia giuridica; investono di efficacia giuridica atti che non l'avrebbero altrimenti e ciò fino ad attribuir loro la autorità e gli effetti di provvedimenti di organi dello Stato; investono determinate persone di determinati ufficii; possono privare delle persone della capacità o della libertà di disporre di proprii diritti; possono limitarne la libertà nel senso fisico e materiale della parola; privano di efficacia atti o documenti, preesistenti, come titoli di credito; provvedono ad attribuire la pubblica fede e a dare pub-

blicità a certi atti ecc. ecc.. Evidentemente però sono tutti provvedimenti dati con poteri sovrani, in quanto producono effetti, che non si potrebbero produrre con semplici atti di volontà privata; sono provvedimenti che hanno carattere di atti di volontà, nel senso in cui questa parola può usarsi nell'esercizio di pubbliche funzioni; e con effetti costitutivi.

Qualche volta i provvedimenti stessi, anche per il loro contenuto, possono apparire più o meno affini ad altri provvedimenti, che gli stessi organi ed uffici giurisdizionali possono dare in via di sanzione; ma un più attento esame comparativo rivela, che le maggiori affinità le presentano con provvedimenti la cui emanazione è demandata di solito agli organi ed uffici amministrativi dello Stato. In considerazione di questi loro caratteri e della loro finalità particolare, bisogna concluderne pertanto, che, nell'esercizio di queste attribuzioni, gli organi ed uffici giudiziarii non esercitano i poteri «finali» di cui sono istituzionalmente investiti per la applicazione di sanzioni (sopra § 13, n. 85), ma altri poteri particolari (pur essi di carattere «finale»), di cui vengono investiti (in modo e in limiti specifici) nei varii ordini di casi, con le stesse disposizioni particolari di legge, che demandano loro le relative funzioni.

La distinzione si accentua, quando si consideri, che molti dei provvedimenti dati nell'esercizio di attribuzioni di giurisdizione volontaria, sono successivamente revocabili o modificabili (come sono di solito gli atti amministrativi) variando le circostanze, e che, se variino le circostanze, un provvedimento, negato ad un certo momento, può esser concesso in tempo successivo. Si ha bensì esempio anche di provvedimenti irrevocabili (come se ne ha esempio talvolta anche negli atti amministrativi). Senonchè la irrevocabilità, in questi casi, va intesa (come per gli atti amministrativi), nel senso che gli stessi organi od ufficii, nell'esercizio delle stesse attribuzioni, non possono più provvedere diversamente. Questo, però, non toglie che alle parti interessate possano esser date azioni ed eccezioni di nullità del provvedimento (preso in sè e per sè) o degli

atti che il provvedimento autorizzava, legittimava, omologava ecc., azioni ed eccezioni da farsi valere in giudizio nelle forme ordinarie. Il che vuol dire, almeno di regola, che, anche quando richiedono delle indagini e degli accertamenti preliminari, i provvedimenti di giurisdizione volontaria non assumono autorità di cosa giudicata (nel senso di cui al § 8 n. 47). Solo in qualche caso, la legge può disporre — per esplicito o per implicito — che il provvedimento di giurisdizione volontaria sia dato, previo qualche accertamento con conseguenti declaratorie, munite di quella autorità (e di ciò si vede, di solito, il segno estrinseco, anche nella forma del procedimento e del provvedimento). Ciò può avvenire, per esempio, nelle procedure di concordato ed eventualmente anche in quelle di interdizione e di inabilitazione. Avviene non di rado nella procedura di delibazione di sentenze straniere. Ma in questi casi bisogna ritenere, che l'esercizio delle attribuzioni di giurisdizione volontaria si innesti, occorrendo, sopra uno stadio preparatorio di accertamento, nel senso proprio della parola, con carattere di giurisdizione propriamente detta (contenziosa).

Una cosa soltanto bisogna escludere, e cioè che la eventuale nullità di provvedimenti dati nell'esercizio di attribuzioni di giurisdizione volontaria, possa esser fatta valere con ricorso agli organi della giustizia amministrativa (sopra § 15, n. 98 e segg.), perchè questi organi possono conoscere soltanto di atti di organi ed uffici appartenenti, anche formalmente, al gruppo od al sistema degli organi amministrativi, mentre qui l'ufficio e l'organo che provvede, appartiene formalmente all'ordine giudiziario.

Investendo i giudici di poteri «finali» in materia di giurisdizione volontaria, naturalmente la legge li investe anche dei relativi poteri «stromentali» (in senso analogo a quello di cui al § 13, n. 85), necessari per acquisire gli elementi e le notizie necessarie.

Non di rado essa fa entrare in funzione a questo effetto anche il pubblico ministero; come non di rado prescrive che sia sentito il suo parere prima di provvedere.

Ed anche per la formazione degli atti di giurisdizione volontaria, la legge prescrive, di solito, che preceda un processo formativo, in cui possono concorrere atti di parte, atti del pubblico ministero, atti del giudice. In quanto la legge predisponga delle discipline di forma per questi atti e per il loro coordinamento, ne risultano delle forme o degli schemi particolari di procedimenti.

I PROCEDIMENTI di giurisdizione volontaria, data la va-
141 rietà e la specialità dei casi ai quali si tratta di provvedere, non hanno caratteri uniformi e non si prestano neanche a raggruppamenti e classificazioni, come quelle che abbiamo fatto per i procedimenti giudiziarii di giurisdizione contenziosa (§ 13, n. 88).

Qualche volta — bisogna premettere — gli elementi necessarii per provvedere a ragion veduta, sono forniti dalle risultanze di un altro procedimento (come avviene per le misure di sicurezza e per le misure amministrative in ordine a minorenni traviati o in pericolo di traviamento). Qualche volta la semplicità delle mansioni da esercitarsi, esclude la necessità di un vero e proprio procedimento (es. vidimazione di libri, sorveglianza della tenuta di registri ecc.).

Qualche volta si hanno delle forme di procedimento ridotte ad un minimo di forme. Può bastare un ricorso scritto di parti interessate, contenente l'esposto delle circostanze e la richiesta del provvedimento, cui possono seguire da parte dell'autorità giudiziaria pratiche informative sprovviste di qualunque formalità (ad es. a mezzo di organi od uffici di polizia). Segue il parere del pubblico ministero, quando sia richiesto, ed infine l'autorità giudiziaria provvede con semplice decreto, in calce al ricorso (v. art. 778 e segg. cod. proc. civ.).

Altre volte, la maggiore complessità dei compiti richiede invece attività più complesse, di diverso genere, e allora la legge provvede con apposite discipline; e ne derivano altrettanti procedimenti speciali di carattere singolare. Basta aver presunto l'esemplificazione fatta più sopra per

rendersi conto di questa necessità: altri sono gli atti che occorrono, per esempio, quando si tratti di interdire o di inabilitare qualcuno oppure di apporre o rimuovere dei sigilli e procedere all'inventario di una successione, altri quelli che occorrono per promuovere la conclusione di un concordato o per delibare una sentenza straniera.

Non pochi di questi procedimenti speciali si trovano raccolti nel terzo libro del codice di procedura civile. Infatti, dopo le poche disposizioni relative alle forme più semplici e più generiche, seguendo l'ordine dei titoli (ed escludendo quei titoli che concernono procedimenti speciali di giurisdizione contenziosa), troviamo: disposizioni relative agli assenti; disposizioni relative al matrimonio e alla separazione personale dei coniugi (compresa però la separazione per colpa, che è un caso di giurisdizione contenziosa); disposizioni relative ai minori di età; alla interdizione e alla inabilitazione; rettificazione di atti dello stato civile; apertura delle successioni; offerta di pagamento e di deposito; copia e collazioni di atti pubblici; esecuzione degli atti delle autorità straniere. Fuor di questo libro, si trovano nel titolo preliminare dello stesso cod. proc. civ. le disposizioni della conciliazione e quelle sulla esecutorietà dei lodi arbitrali; nel codice di commercio, o in leggi speciali complementari, i procedimenti per la formazione e omologazione di concordati e per l'ammortamento di titoli di credito; in leggi speciali, le discipline degli interventi giudiziarii in materia di espropriazione per pubblica utilità; acque pubbliche, opere pubbliche, consorzi ecc. ecc..

La varietà è infinita. Merita soltanto di esser notato un certo mimetismo dei procedimenti e provvedimenti di giurisdizione volontaria, per cui, quando è possibile, utilizzano, direttamente o per analogia, le discipline esteriori proprie dei procedimenti di giurisdizione contenziosa. Di solito utilizzano forme attinte al procedimento di cognizione (es. nei casi di interdizione, inabilitazione, convalida delle offerte reali, fase di omologazione di concordati, delibazione di sentenze straniere ecc.). Qualche volta utilizzano anche forme attinte ai procedimenti di esecuzione (es.

purgazione delle ipoteche, vendita volontaria all'incanto di beni di minori, o di beni di eredità beneficiate ecc.). È un mimetismo facilmente spiegabile, del resto, per il fatto stesso che si tratta di mansioni od attribuzioni affidate ad organi od uffici giudiziarii e talvolta anche per la circostanza già notata, che il provvedimento di giurisdizione volontaria può esser preceduto da accertamenti giudiziali propriamente detti.

§ 26. — *(continuazione) La giurisdizione volontaria: caratteri generali.*

LE CARATTERISTICHE comuni dei varii procedimenti e
142 dei provvedimenti di giurisdizione volontaria (nel senso di cui al n. 156), se ci sono e in quanto ci sono, debbono risultare dalla casistica e dalle osservazioni che precedono.

Un carattere sostanziale comune, ma meramente negativo, è sempre quello dal quale siamo partiti: non consistono in applicazione di sanzioni. In qualche caso possono avere bensì per effetto, di rendere applicabili sanzioni già concretate in atti precedenti di altra fonte (lodi arbitrali, sentenze ecclesiastiche, sentenze straniere), ma l'attività del giudice è limitata ad un controllo estrinseco. Può essere d'altra parte che aprano eventualmente la via a procedure contenziose e ad applicazione di sanzioni (come nei casi di procedimenti di ammortamento); ma allora la giurisdizione volontaria finisce, dove queste cominciano. In sè e per sè, la giurisdizione volontaria applicazione di sanzioni non è mai. Carattere positivo (ma formale) è l'altro di essere affidate viceversa ad organi od ufficii dell'ordine giudiziario.

Fra mezzo a due caratteri (negativo, l'uno, di sostanza, e positivo, l'altro, ma di mera forma) che in sè e per sè sembrerebbero contraddittorii fra di loro, bisogna vedere se se ne possa inserire qualcun altro che ci dia la chiave o la ragione della apparente contraddizione e in qualche modo ne concilii o ne armonizzi i termini.

A nostro avviso si può dire, che qui si tratta di funzioni di carattere sostanzialmente amministrativo (per quanto al loro contenuto), ma però con finalità inerenti ad esigenze proprie, intrinsechc, dell'ordinamento giuridico, dei suoi istituti e dei suoi meccanismi. Con l'esercizio di queste funzioni lo Stato concorre infatti al procedimento costitutivo o formativo di rapporti, di atti o talvolta anche di provvedimenti di autorità, di contenuto e di carattere giuridico (che derivano da altre iniziative o da altre fonti le loro origini o i loro elementi primordiali). Vi concorre esercitando su di essi a sua volta un controllo preventivo, quasi di polizia giuridica, cioè di legalità o di legittimità e, non di rado, anche di utilità o di moralità (quando il rispetto di ragioni di questo genere acquisti rilevanza agli occhi della legge). Altre volte lo Stato interviene, con l'esercizio di queste funzioni, per ovviare con misure preventive (anche queste, dunque, quasi di polizia) ad accidenti, che portino seco il pericolo di turbamenti nell'ordine giuridico generale o nel funzionamento normale di istituti particolari, pur essi di carattere giuridico.

Il fatto che queste funzioni (di contenuto amministrativo, preventivo, di polizia) siano demandate viceversa ai giudici, si spiega appunto per questo carattere (giuridico) delle loro finalità e delle esigenze a cui rispondono, e perchè i giudici sono meglio idonei a provvedervi che non gli organi o gli uffici amministrativi ordinarii. Sono meglio idonei per la loro preparazione specifica, per la loro «attrezzatura», per il loro abito particolare di imparzialità, di indipendenza, di incorruttibilità, di insensibilità ad ogni influenza estranea accidentale e contingente, contraria allo spirito costante degli istituti giuridici. Così si riesce a spiegare anche il perchè, della frammentarietà delle relative attribuzioni. Solo caso per caso, infatti, o almeno solo per singoli ordini di casi, il legislatore può procedere a questa valutazione di maggiore o migliore idoneità, per cui distoglie e trasferisce i relativi compiti dagli organi amministrativi a quelli giudiziarii.

La pietra di paragone, per così dire, di tutto quello che siamo venuti dicendo, può vedersi in questo: che se i com-

piti oggi assegnati ai giudici in via di giurisdizione volontaria, si trasferissero e si restituissero domani ad altri organi (per esempio si trasferissero le attribuzioni di tutela ai comuni o ad istituti di beneficenza, quelli in materia di statuti delle società o di concordati agli organi corporativi, quelli relativi all'apertura delle successioni ai notai od ai segretarii comunali e così di seguito), si farebbe cosa più o meno utile nell'interesse pubblico, più o meno opportuna (il più delle volte, per verità, deprecabile); ma non si ferirebbe il criterio generale, che l'applicazione delle sanzioni, in tutta la sfera di sovranità dello Stato, è devoluta al sistema degli organi ed ufficii giudiziarii (ordine giudiziario), differenziati a questo scopo, come tali, da tutti gli altri organi dello Stato.

Basta riflettere un momento ai singoli casi che siamo venuti esemplificando, per averne (in relazione a quanto abbiamo esposto nei capitoli precedenti sulle sanzioni e sulle azioni) la più netta impressione.

Queste stesse considerazioni spiegano anche le attribuzioni demandate alla autorità giudiziaria, per la risoluzione di così detti «conflitti collettivi del lavoro», che è l'ultimo punto che ci resta da toccare, in questo capitolo.

§ 27. — *Le attribuzioni della autorità giudiziaria in materia di conflitti collettivi del lavoro.*

Di CONFLITTI COLLETTIVI del lavoro si parla quando,
143 non essendosi accordate le organizzazioni sindacali «competenti» in ordine a nuove condizioni di lavoro da stabilirsi mediante un contratto collettivo (o con opportune modificazioni ad un contratto collettivo preesistente), una di esse chieda a sensi della legge 3 aprile 1926 (art. 3), che tali condizioni vengano fissate dall'autorità giudiziaria. La decisione ha in tal caso sostanzialmente gli stessi effetti, che avrebbe un contratto collettivo.

Lo studio del fenomeno esula dai limiti della nostra trattazione, perchè spetta al diritto corporativo.

Per la consueta completezza del quadro, ci limitiamo a farne cenno, osservando che la funzione dell'autorità giudiziaria, in questo caso, sembra affine alla funzione dell'arbitratore (sopra § 22, n. 129) e non rientrerebbe pertanto nel quadro della giurisdizione contenziosa propriamente detta. Quello che si tratta di determinare infatti — per la sostanza — è il contenuto di un negozio consensuale, in cui le parti non hanno raggiunto l'accordo.

Non ha grande rilievo, rispetto alla natura della funzione dell'autorità giudiziaria, che il negozio sia di diritto pubblico; che esso debba intercorrere fra organizzazioni sindacali; che esso abbia scopo ed effetti meramente normativi di altri futuri negozii (contratti individuali); che questo effetto meramente normativo si spieghi rispetto ai futuri contratti individuali di intere categorie di soggetti (così detti datori e prestatori di lavoro di quella categoria), anche se nominativamente non appartenenti (iscritti) alle organizzazioni sindacali.

Tutto questo concerne i caratteri, lo scopo, l'oggetto, gli effetti del contratto collettivo, e si riverbera sugli effetti della decisione, in quanto questa prende il posto del contratto.

La singolarità, per quanto concerne l'eventuale intervento e la funzione di arbitramento della autorità giudiziaria, sta piuttosto in questo: che l'arbitratore, nella sua figura ordinaria, può intervenire quando ci sia già un contratto — almeno di carattere preliminare — in vigore fra le parti (sopra n. 129 cit.). Qui non c'è un contratto preliminare, ma piuttosto un obbligo preliminare delle organizzazioni sindacali (in quanto la espressione «obbligo» si possa applicare ad un dovere nascente da pubbliche funzioni), di provvedere alla stipulazione del nuovo contratto a scopo normativo, obbligo che discende direttamente dalla legge; e c'è il fatto che esse non riescono ad ottemperarvi, perchè non riescono a mettersi d'accordo. La decisione dell'autorità giudiziaria assume valore ed efficacia sostitutiva del mancato accordo, e serve così a superare un ostacolo o meglio un punto morto, nel quale si arresterebbe

altrimenti il meccanismo normativo ordinario, dell'ordinamento sindacale.

Si può dire, che il verificarsi di questo arresto ad un punto morto, rappresenti una violazione o trasgressione di norme giuridiche e che il provvedimento sostitutivo assuma, a sua volta, carattere di sanzione? A noi non pare. L'autorità giudiziaria, anche qui, assume piuttosto la posizione ed il compito di un meccanismo ausiliario (in caso di bisogno), anzichè sanzionatorio, di repressione o di reazione. E il contenuto di arbitramento delle sue decisioni, in questi casi, rappresenta precisamente il suo contributo e il suo concorso, da questo punto di vista.

Per questo, abbiamo ritenuto di dover collocare le mansioni in materia di confitti collettivi nel quadro di questo capitolo. Ed infatti, riprendendo la pietra di paragone usata più sopra, se gli stessi compiti venissero trasferiti domani ad altri organi (ad esempio: organi del sistema corporativo), si farebbe anche qui cosa più o meno opportuna, ma non si ferirebbe certamente il principio od il criterio, che la applicazione delle sanzioni è compito proprio specifico dell'ordine o dell'ordinamento giudiziario.

Capitolo Quinto

IL PROBLEMA PRATICO DEL CHIEDERE GIUSTIZIA

Sommario: § 28. Il problema del chiedere giustizia, come problema individuale. — § 29. Valori di «tornaconto» e valori morali del chieder giustizia.

§ 28. — *Il problema del chieder giustizia, come problema individuale.*

144 La mobilitazione delle nozioni inquadrate in questa «parte generale», dovrebbe avvenire, all'atto pratico, quando si abbia la impressione (empirica sempre, prima che giuridica) di aver subito un «torto», e ci si chieda se e come reagire. E non è, in fondo, che una diversa posizione dello stesso problema, quella che ne sorge poi per quell'altro o per quegli altri, contro i quali si reagisca: se e come convenga loro resistere o difendersi.

Naturalmente non entrerà in giuoco quel che abbiamo detto circa la «giurisdizione volontaria» (cap. IV, n. 136 e segg.). Solo occasionalmente e in modo indiretto, essa viene in considerazione contro il «torto», che sia già in atto (n. 142). D'altra parte essa si spiega solo in casi sporadici (n. 136 in fine e 137 e segg.), ed è soltanto il verificarsi in concreto di qualcuno fra questi, che deve risvegliare il ricordo delle nozioni che lo riguardano. Quella su cui

ci interessa, invece, di tornare, è in genere la materia della difesa, giudiziale o stragiudiziale, delle proprie ragioni.

Nel frangente del « torto », il richiamo alla mente delle nozioni già date dovrebbe venire istintivo, chè, se così non fosse, avremmo predicato al vento. Ma bisognerà che non sia un affollarsi tumultuario e confuso; onde non sarà inutile qualche esercizio di orientazione mentale, anche da questo punto di vista.

145 Il problema delle reazioni possibili e convenienti, di regola è problema individuale, che ognuno deve risolvere, cioè, secondo una ragionevole valutazione dei proprii interessi. Per chi sia soggetto a rappresentanza (in senso lato) dovranno risolverlo per lui, in funzione dei suoi interessi, i suoi rappresentanti; chi debba essere legalmente assistito o controllato da altri, dovrà risolverlo in concorso con costoro (sopra nn. 19 e seg. e 25 e seg.). Ma problema individuale resta.

Talvolta la iniziativa dei singoli potrà bensì essere soverchiata e precorsa, là dove il fatto costituisca reato di azione pubblica (n. 41 e 43) oppure in quei rarissimi casi, in cui anche provvedimenti di sanzione civile possano esser dati di ufficio (n. 40) o su iniziativa (richiesta, azione) del pubblico ministero (n. 43). Però neppure in questi casi resta del tutto eliminato il problema individuale; si direbbe piuttosto, che ne risultano modificati i dati, i termini o i tempi.

Al qual proposito, sarà bene non confondersi il capo con gli « immortali principii ».

Gli « immortali principii » non sono che la rifrazione e la proiezione nel pensiero teorico, di oscuri impulsi di massa verso un sommovimento sociale ormai esaurito. Residui della feudalità e della sovranità concepita con criterii patrimoniali, anche se sotto colore provvidenziale, servitù e vassallaggio, privilegi secolari degli organi della Chiesa e dei suoi adepti, quadri e barriere delle degenerate corporazioni medievali, sono tutte strutture ormai demolite e di cui va lontanando il ricordo negli elisi

delle nozioni culturali. Si capisce che dallo schermo, sotto il quale noi effimeri amiamo iscrivere la leggenda degli « eterni veri », debba ormai scomparire quella proiezione di un pensiero teorico di altri tempi. Ma bisogna mettersi bene in capo, che quella non è mai stata la rappresentazione della realtà quotidiana della vita, di tutta la realtà, infinitamente più complessa. E d'altra parte si capisce, che luci ed ombre dello schermo potessero riflettersi anche sul modo di concepire gli altri fenomeni della vita, ma assai scarsamente hanno influito sul loro modo di essere. Così per il nostro mondo possiamo considerare tramontati gli immortali principii; ma non quello ch'era « al di sotto », e che, liberato dalle sovrastrutture che lo opprimevano, fondamentalmente rimane anche oggi: la famiglia, la proprietà, la successione, il contratto e in genere i diritti soggettivi e gli interessi individuali protetti, la appartenenza dei diritti e la facoltà di disporne (concetti, sopra ai nn. 8, 9 e seguenti). Ora, che il chiedere giustizia e il farsela dove si può, sia problema essenzialmente individuale, discende di qui e non di là, come una esigenza di ordine tecnico, che si collega di fatto, e cioè in modo indeclinabile, a questi elementi della tessitura della società e dello Stato. Questa è la realtà pratica, che conta.

Senza dubbio, stanno prodigiosamente sorgendo e sviluppandosi sotto i nostri occhi, nuovi apparati di compressione e di subordinazione, a ben altri fini e con ben altri caratteri di quelli di un tempo. Così si infittisce ogni giorno la rete dei limiti legali alla proprietà e alla libertà di negoziare. Lo Stato sottrae alla iniziativa privata ed avoca a sè sempre più vasti compiti. Più ancora si nota una profonda infiltrazione nel campo del diritto privato tradizionale, di ingerenze e di controlli di carattere pubblico amministrativo, per subordinare a fini ed esigenze superiori di ordine collettivo (compagine unitaria dello Stato, teso verso i suoi imperiali destini; politica dei prezzi e delle retribuzioni; autarchia economica; politica demografica ecc.) la autonomia delle iniziative individuali. E se sia per determinarsi una posizione di equilibrio,

relativamente stabile, fra questi varii fattori antagonisti o se gli uni siano per cedere sotto la pressione degli altri, ancora non sappiamo. Certo tuttavia si è, che a tutt'oggi non si può dire che il sistema sia scardinato dalle sue basi: la iniziativa individuale e il diritto soggettivo, che le serve di strumento e di protezione, conservano ancora, e malgrado tutto, una funzione elementare di primo ordine. C'è una immagine, che ci torna a questo proposito, con buona pace dei barbassori. Quanti e quali i nuovi mezzi di locomozione e di trasporto, individuali e collettivi, di organizzazione pubblica o privata, ha visto sorgere la generazione che tramonta? Ed ha visto venire in onore marciapiedi, strisce e chiodature, « senso unico » e « transiti proibiti », semafori, targhe e segnalazioni e i metropolitani gesticolanti, sul loro piedistallo. Ma questo non toglie, che camminare con le proprie gambe conservi una funzione insopprimibile. Bisognerà che i bimbi imparino il codice stradale, ma prima di tutto bisognerà che imparino a muovere i loro passi. Così bisognerà imparare a servirsi dei proprii diritti secondo le nuove direttive, ma per il momento sarebbe contro lo spirito e le esigenze del sistema, abdicarvi o magari servirsene, senza sapere quello che si fa.

Ora, dove c'è diritto soggettivo (o interesse protetto), appartenenza e facoltà di disporre, è tecnicamente indeclinabile, riprendiamo, che sia dato allo stesso soggetto, di provvedere alla difesa in caso di attacco, di violazione o di insoddisfazione. Sarebbe in contraddizione (d'ordine pratico e non solo teorico) con la essenza stessa dell'istituto, negare la difesa; sarebbe d'altra parte un compito per lo Stato di impossibile attuazione, e comunque praticamente balordo, per ora, nei risultati, sovrapporre in ogni caso l'azione pubblica a quella individuale.

Le limitazioni e le compressioni operano sui fenomeni di origine, alla loro radice, e cioè sull'acquisto e sull'esercizio del diritto, ma quando ne sia riconosciuto l'acquisto e legittimato l'esercizio, inevitabilmente bisogna concedere anche le difese. Nè su di questo pensiamo siano

destinate ad influire sensibilmente le auspicate ed auspicabili riforme degli ordinamenti giudiziarii e procedurali e di cui, altre, e diverse, sono le vere ragioni ed altri gli scopi effettivamente raggiungibili, come ci avverrà forse di accennare qua e là, nel corso delle trattazioni speciali. Si avverte bensì qualche spunto nel senso di favorire o sviluppare delle attribuzioni, per così dire, protettive dei giudici, a favore delle parti, soprattutto se si ritengano per le loro condizioni economiche, di cultura o per accidenti occasionali, in condizioni di minorata difesa. Ma è caldamente da augurarsi che non si esageri, o si ricorra, se mai, ad altri uffici ausiliarii, perchè, dal posto che occupano e coi mezzi che hanno a loro disposizione, i giudici saranno sempre dei cattivi tutori. E d'altra parte si rischia di inquinare, con la intrusione di altri criterii o di altre preoccupazioni, la particolare posizione mentale e morale di serenità, di imparzialità, di purezza nel lor modo di procedere, che, come dicevamo a suo tempo, è l'emblema della loro funzione, e la vera e la sola ragione d'essere della loro conservazione, come organi ed ufficii differenziati.

Lasciamo comunque da banda questi temi, che eccedono la modestia dei nostri propositi, e ridiscendiamo al contatto della vita spicciola di tutti i giorni, dove quel tale problema del chiedere o del farsi giustizia si presenta, per ciascuno di noi, nei suoi termini quotidiani.

§ 29. — *Valori di « tornaconto » e valori morali del chieder giustizia.*

Il punto di origine e di inserzione del problema, nel-
146 la nostra vita di tutti i giorni, è dunque questo: abbiamo la sensazione empirica di aver subito un torto; ci domandiamo se e come ci sia dato di reagire.

Di fronte a questo, procediamo per analisi.

Reagire (difendersi o vendicarsi) con la forza, intanto non si può, se non nei casi improvvisi della legittima difesa o dello stato di necessità (n. 115 e segg.).

Viene allora il quesito primo e pregiudizialissimo: il « torto » del quale crediamo di poterci dolere, è in qualche modo contrario al diritto e può dar luogo a sanzioni di ordine giuridico?

Quando si debba risolvere negativamente questo quesito, vuol dire che « torto » agli occhi del diritto non c'è. Ci potrà essere dal punto di vista della morale, del costume o di altri ordini di norme sociali (n. 6, 8 ecc.); ma questo non basta per invocare il giudice (n. 3, 34 ecc.), e là dove non sia dato di invocare il giudice, non ci può esser materia neanche per transazioni, conciliazioni, arbitrati o altri mezzi leciti di difesa stragiudiziale, dotati di efficacia giuridica (n. 115, 116 e segg.).

Potranno esserci delle reazioni in altri campi: appellarsi alla pubblica riprovazione, almeno in certi « ambienti » sociali, provocare un « giurì d'onore » (anche fuori dei casi di cui all'art. 596 capov. cod. pen.), provocare il giudizio censorio o disciplinare del Partito, un giudizio censorio o disciplinare di autorità gerarchicamente superiori, se si tratti di un pubblico funzionario o di chi faccia parte di categorie professionali controllate o di una organizzazione sindacale, magari un giudizio ecclesiastico, se la qualità dell'altra parte lo consenta. Una reazione di ordine non solo sociale ma economico e commerciale, largamente usata, può esser quella di troncare le relazioni. E così di seguito. Tutto questo però sta, per definizione, fuor del nostro campo. Quando pure l'eventuale giudizio disciplinare o censorio abbia dei presupposti o delle forme di ordine giuridico, esso non rappresenta che una reazione indiretta, di fatto, per noi privati offesi, che ha carattere giuridico soltanto nei rapporti fra il soggetto imputabile e la amministrazione od organizzazione da cui dipende. Ricordiamoci soltanto che una imputazione infondata, dolosamente o colposamente lanciata anche in questi campi, può diventare — essa — un fatto giuridicamente perseguibile.

Quanto alla soluzione concreta del quesito, se un determinato fatto possa o non possa dare luogo alla applicazione di sanzioni, abbiamo già indicato a quali fonti

bisogna attingere (n. 45). La nostra trattazione non può fornire in proposito, se non delle direttive di ordine generale (es. n. 36 e seg., 70 e altri passi ivi richiamati) e una esemplificazione abbastanza ricca, da servire per lo meno di orientamento, sopratutto in materia di sanzioni civili (nn. 46 e seg.).

147 Il quesito giuridico che vien subito dopo, dovrebbe trovare in quelle stesse fonti o in quegli stessi criterii di orientamento, la sua soluzione: se il fatto può dar luogo a sanzioni, quali sanzioni? civili, penali, di azione pubblica, di azione privata? e spetta a noi il diritto (azione in senso sostanziale: nn. 60 e seg. e altri citati sopra) per provocarne l'applicazione?

Se dall'indagine risulti che si tratta di un fatto (reato), che dia luogo unicamente e soltanto a sanzioni penali di azione pubblica, ci sarà almeno apparentemente poco da fare. La giustizia prettamente punitiva, sta al di fuori e al di sopra di noi (n. 41 e 43). Potremo denunciare il fatto per stimolare l'azione pubblica (n. 41). E non correremo rischii di danni e di spese, semprechè non alteriamo scientemente la verità (o non si possa credere, che la abbiamo alterata scientemente o almeno con grave imprudenza), nel qual caso ci esporremmo a nostra volta alle sanzioni del reato di calunnia, oltrechè ai danni. Il resto non dipende da noi, tanto è vero che non abbiamo, per esempio, mezzi legali di reazione, se l'azione pubblica non venga esercitata. E se questa venga esercitata, nel corso della procedura alla quale dà luogo, non saremo neanche più padroni di parlare o di tacere, ma avremo l'obbligo di carattere pubblico, penalmente sanzionato, di dire la verità (arg. dal n. 90). Potremo domandarci invece, se non ci si possa costituire « parte civile » all'effetto di ottenere, in sede di procedura penale (perchè non potremmo ottenerla altrimenti), una riparazione pecuniaria o, come adesso si dice, un risarcimento di danni morali, sebbene non sussistano a nostro carico danni patrimoniali, per cui ci sia concessa la azione civile ordinaria di risarcimento (n. 43, in fine).

Comincia a complicarsi per noi il problema, se uno stesso fatto costituisca nello stesso tempo reato e fatto dannoso, che ci dia diritto (azione in senso sostanziale) a restituzioni o risarcimenti (n. 44 e 91). Anche in questo caso l'esercizio della azione (pubblica) per la punizione, non dipende da noi. Potremo tuttavia ventilare, se ci convenga stimolarne l'esercizio con denuncie o querele o viceversa cercare di non porre in rilievo (se non ne abbiamo l'obbligo per ragioni di ufficio) il profilo penale; e magari a questo effetto comporre o transigere per quanto riguarda le conseguenze civili od esercitare addirittura l'azione in sede civile lasciando al giudice, quando si avveda del profilo penale, sospendere, se crede, e rimettere gli atti al pubblico ministero (n. 91). E questa sarà probabilmente la via da prendere, in caso di dubbio.

Ricordiamoci in ogni caso, che in sede penale il pubblico ministero ed i giudici hanno ben altri mezzi di indagare e ricercare la verità, che non in sede civile (n. 90). Può convenirci questo maggior rigore stromentale. Ma è anche vero — in linea di fatto — che i giudici, che sono uomini anch'essi, sotto la toga, arretrano qualche volta di fronte al rigore finale di certe sanzioni afflittive e possono inclinare maggiormente alla assoluzione; e questa fa poi stato di cosa giudicata anche per gli effetti civili (n. 47 e 91). È un dato anche questo, che bisogna, fin che si può, soppesare.

Quando sia stata promossa l'azione pubblica penale, ci resterà a domandarci, se ci convenga costituirci parte civile in quella sede, oppure attendere l'esito del giudizio penale per agire in sede civile, giovandoci del giudicato se accerti il fatto, ma subendo i suoi effetti preclusivi se lo escluda nella sua materialità o lo ritenga non sufficientemente provato, assolvendo (n. 47 e 91 citati). Nel primo caso è evidente, che si possono arrecare in tempo utile degli utili elementi per l'accertamento del fatto; si può attenuare il pericolo di imprevedute indulgenze; si può negoziare, talvolta a più caro prezzo, la rinuncia o la transazione agli effetti civili. Ma c'è maggior rischio di spese e magari di danni.

Se poi il fatto rivesta caratteri di reato, ma perseguibile soltanto a querela di parte, allora dipende da noi aprire o chiudere la via alla indagine penale (n. 43, n. 91 seconda parte). E la chiudiamo senz'altro, prescegliendo di agire in sede civile (n. 91, ivi). Scatenata l'azione penale, resta poi anche in questo caso il problema della convenienza di costituirsi parte civile o di attendere. Potremo negoziare l'azione agli effetti civili, e con maggiore efficacia, soprattutto quando sia ammesso il recesso della querela, con l'effetto di far cessare anche l'azione penale (nn. citati).

In ogni caso di costituzione di parte civile, questo ci consentirà eventualmente di chiedere la riparazione dei danni morali, oltre il risarcimento di quelli patrimoniali.

Quando si possa escludere finalmente, che il fatto costituisca reato, saremo anche più nettamente padroni della situazione, per quanto riguarda la convenienza e il modo di reagire (n. 42, 60 e seguenti). La nostra iniziativa, di regola, non potrà essere soverchiata cioè da iniziative di ufficio, salvo che quei pochi casi eccezionali che sappiamo (provvedimenti emanabili anche d'ufficio: fallimento; sanzioni civili applicabili anche su esercizio di azione pubblica: nn. 40, 43). In questi ultimi casi, ventileremo al momento opportuno, se convenga stimolare l'ufficio o esercitare francamente la nostra azione privata.

Fuor di questi casi, dipende soltanto da noi, esercitare o non esercitare in giudizio l'azione privata (nn. 42, 60 e segg.).

In generale però, un quesito che converrà ancora proporci, prima di dar battaglia, è il quesito se abbiamo a nostra disposizione dei mezzi di difesa stragiudiziali in senso stretto, e se convenga servircene, invece di agire direttamente o prima di agire in giudizio (n. 115 in fine e 116 e segg.). Qualche volta il quesito si limiterà a delle provvidenze transitorie; qualche volta riguarderà la convenienza della scelta fra attaccare o mettere viceversa gli altri in condizione di dover attaccare loro, se se la sentano, salvo difenderci. Supponiamo, per esempio, che un venditore o un fornitore ci consegni della merce difettosa o magari non consegni quando doveva. Potremo sospendere

intanto il pagamento del prezzo e poi agire (per l'esecuzione o per la risoluzione) oppure sospendere (n. 116) e attendere (se non ci sono di mezzo dei termini fatali), che l'altro si muova. E allora gli eccepiremo il diritto alla risoluzione, alla riduzione del prezzo, ecc..

Volendo prendere l'iniziativa, bisognerà che verifichiamo, se l'azione spetta veramente ed esclusivamente a noi, o se possiamo pretendere che altri la eserciti nel nostro interesse; e quali sono i provvedimenti che possiamo chiedere, agendo, e in che forma (n. 67 e passi ivi richiamati). Non di rado avverrà (n. 67 in fine), che abbiamo la scelta fra varii provvedimenti, tutti giuridicamente possibili (esecuzione o risoluzione del contratto, provvedimenti costitutivi oppure risarcimento dei danni ecc.) o tra varie forme (in via di cognizione ordinaria, di decreto ingiuntivo, di esecuzione forzata diretta ecc.). Può essere, che possiamo agire per lo stesso oggetto (come in caso di obbligazioni solidali o indivisibili) contro diverse persone, separatamente o congiuntamente. Nei limiti di tempo di eventuali decadenze o in quelli della prescrizione (n. 76), spetterà a noi anche lo scegliere il momento opportuno per agire; e in caso di urgenza, e se ne ricorrano gli estremi, chiedere provvedimenti cautelari (n. 97).

Dentro le linee di questo quadro, bisognerà deliberare.

Può essere infine (sebbene ci voglia anche l'accordo degli altri), che prima o poi venga il momento di esaminare, se invece di portare a fondo una azione in giudizio convenga comporre, conciliare o transigere, tutte le volte che la legge non escluda la possibilità di queste negoziazioni (nn. 118 e segg.); oppure, quando la legge lo consenta, se ci convenga compromettere in arbitri o far luogo ad un arbitrato libero (nn. 125 e segg.).

Resta a vedere come dovremo fare i nostri conti, ciò che avrà importanza prima di tutto nel nostro interesse, ma in fondo anche nell'interesse generale.

148 IL «TORNACONTO» circa l'agire in giudizio, dipende da questi interrogativi, che ciascuno deve porsi al momento

opportuno: quali risultati utili ed effettivi potrò (prevedibilmente) conseguirne? Questo, per un piatto della bilancia. E quali rischii corro e a quali oneri mi espongo? Questo, per l'altro piatto.

Quanto ai risultati, bisognerà vedere o prevedere, se ciò che si possa conseguire in via di sanzione, serva ai nostri fini pratici, sostituendosi a quello che non si è conseguito direttamente, in virtù di una più esatta osservanza del diritto da parte altrui (n. 37, nn. 46, 59 ecc.).

E poichè, di regola, la sanzione non si attua, se non operando in definitiva sul patrimonio altrui, bisognerà anche vedere e prevedere, se c'è (e se ci sarà ancora al momento critico) la materia prima su cui operare (n. 39). Una vittoria teorica è una magra soddisfazione, per quel che può costare. E comunque il risultato bisogna immaginarselo a capo di una lunga via da percorrere, e valutarlo per quello che potrà ancora contare, in allora e non ora.

Rischii (altro piatto): ci sono prima di tutto i rischii dell'errore di diritto. Noi partiamo con la opinione di aver ragione. Bisognerà ben controllarla (n. 62). Ma ci restano e ci resteranno sempre delle materie di diritto più o meno incerte ed oscure. C'è il rischio dell'errore nostro e quello (teoricamente no, praticamente sì) dell'errore del giudice. C'è il rischio della condotta processuale, per cui qualche volta la forma può uccidere la sostanza. C'è sopratutto la difficoltà e quindi il rischio della dimostrazione del fondamento delle proprie ragioni: onere della prova. Non basta aver ragione secondo verità, bisogna aver ragione secondo quello, che si riuscirà a provare davanti al giudice (n. 92). Bisognerà dunque esaminare quale armatura si sia potuta dare e si sia data (secondo la espressione che abbiamo usato a suo tempo) al proprio diritto, in tempo utile (n. 133 e segg.). Ed ove questo non sia saldamente armato, quali rischi si correranno servendosi di mezzi più o meno di fortuna (testi, periti ecc.).

Oneri: il processo costa. Sopratutto il processo offre occasione ad inesorabili interventi fiscali, e non sempre può riversarsene il carico sugli altri, nemmeno in caso di

vittoria. Le altre spese in gran parte (ma praticamente non in tutto) si potranno ricuperare . . . purchè ci sia, al solito, la materia prima. In caso di soccombenza poi (se ci sia in campo proprio la materia prima), si pagheranno le proprie e quelle altrui (n. 94, 108 ecc.). E sappiamo che ci sono delle procedure nelle quali, in caso di soccombenza, si rischiano i danni e non solo le spese (esempio n. 108, 113 ecc.).

Tutto questo non deve spaventare *a priori*. Non dimentichiamo infatti, nel fare il nostro bilancio preventivo, che d'altra parte, a non far niente, resterà l'offesa; resterà il torto; resterà il danno sulle nostre spalle. Qualunque cosa si faccia, del resto, nel campo delle iniziative individuali, può avere sempre i suoi vantaggi e i suoi rischi. Soltanto sarebbe insensato impegnarsi in un litigio, come in un affare, senza aver ponderato il pro e il contro.

Quegli stessi criterii di previsione dovranno guidarci nella scelta della strada da prendere, se scelta vi sia, poichè per ciascuna posson variare le poste. E saranno sempre gli stessi criterii che dovranno guidarci finalmente, quando si presenti la possibilità di comporre la controversia, conciliare, transigere, o arbitrare.

149 SCELTA DELLA VIA da seguire: prendiamo un esempio; il più facile. Supponiamo dunque di avere a nostre mani una cambiale scaduta. Possiamo agire nei modi ordinarii, in via di cognizione, per la condanna del debitore (salvo invocare in questo caso le disposizioni dell'art. 65, 1° capov., della legge cambiaria, per affrettare il corso della procedura). Possiamo anche agire in via esecutiva; e in questo caso scegliere tra i varii modi di esecuzione; per esempio, scegliere fra l'esecuzione mobiliare e quella immobiliare o cumularle (n. 103 e segg.). Nel primo caso (scegliendo cioè la via della cognizione), la strada evidentemente è più lunga. Ma se temiamo, che il debitore abbia delle eccezioni da opporre, avremo il vantaggio di rischiare soltanto le spese, per il caso di soccombenza. Agendo in via esecutiva, può essere che giungiamo assai più presto ad un

risultato, se le cose vanno bene, ma rischiamo i danni se vanno male (e i danni possono essere gravi, n. 108). Per la prima via potremo ottenere una condanna che ci consenta di iscrivere una ipoteca giudiziale (n. 52 in fine) e poi, avendo così cautelato il nostro credito con un diritto di prelazione, potremo attendere a far seguire l'esecuzione (n. 58), evitando il pericolo di far precipitare la situazione del nostro debitore. Questo non potremo farlo invece, se prendiamo la via esecutiva. Potremo anche seguire la via del procedimento per ingiunzione. Avremo più rapidamente gli stessi risultati del procedimento di cognizione, se non ci sia opposizione del debitore. Non li avremo affatto o li avremo in misura assai più ridotta, se opposizione ci sia (n. 96). Che se poi il nostro debitore è commerciante, con la cambiale scaduta a nostre mani potremmo anche farne dichiarare il fallimento (n. 54, 55, 111 ecc.). Ma ci conviene? I risultati di solito non sono molto brillanti. D'altra parte, se prendiamo una delle altre strade, sperando di arrivare a realizzare il credito prima della catastrofe, ma questa sopravviene (perchè il fallimento può esser provocato da altri o dichiarato d'ufficio), corriamo il rischio di aver fatte delle spese e di ricuperarle soltanto in moneta di fallimento. Possiamo aggiungere, che se al momento della scadenza ci siano delle esecuzioni particolari già in corso, potremo prendere anche quest'altra via: di intervenire a concorrere nel reparto del ricavato (n. 57, 104, 105 ecc.). Se ci sia già il fallimento, non avremo tanto da scegliere: non ci sarà che insinuarsi nel passivo (nn. 54, 112 ecc.), salvo poi aderire o non aderire ad un concordato, che venga eventualmente proposto (n. 122 e seg.). Quando infine ci siano di fronte a noi più obbligati cambiarii, potremo scegliere (salvando i termini) quello fra di loro, contro cui agire, o agire simultaneamente contro più o contro tutti insieme, nello stesso giudizio. Come si vede, il problema della scelta ha tante facce, e ognuna ha i proprii caratteri.

Quanto al transigere, al comporre (quando sia possibile), i dati della scelta sono intuitivi, fra un risultato modesto,

ma sicuro, e un altro problematico, lontano, eventualmente oneroso. Qui concorrono evidentemente in ragione composta rapporti di proporzioni e di probabilità.

Compromettendo in arbitri, possiamo sperare di ottenere gli stessi risultati di un giudizio, in minor tempo e con minor spesa, speranza che può divenire però illusoria (con aggravanti) in caso di impugnative del lodo (n. 127). Risultati intrinsecamente diversi, potremo avere invece, attribuendo agli arbitri i poteri degli amichevoli compositori (n. 125); ma questo può ritorcersi a nostro favore o a nostro danno, secondochè militino per noi o contro di noi ragioni di equità tecnica o di morale e la tendenza, così radicata negli uomini, di dare, se si può . . . un colpo al cerchio ed uno alla botte. Potremo ricorrere, se siamo d'accordo, ad un arbitrato libero, ma i risultati saranno, di solito, più o meno efficaci, secondo l'abito di correttezza e di buona fede delle altre parti. Ed in ogni modo, tutte le volte che ci rivolgiamo a dei terzi, moltissimo dipenderà dalla mentalità, dalla esperienza, dalla competenza tecnica, dalla integrità di questi terzi.

Questi od altri simili (chè non è il caso di entrare in maggiori dettagli) saranno i calcoli di tornaconto, che dovremo fare di fronte al problema: se e come ci convenga di chiedere giustizia.

150 RAGIONI MORALI e sociali o civiche — bisogna aggiungere — possono tuttavia influire, or più or meno, nella determinazione della nostra linea di condotta, oltre e al di là del gretto tornaconto. In massima, difendere, almeno entro certi limiti, il proprio diritto, ha un valore, non foss'altro sotto il profilo della virtù in senso classico, come virilità (esser uomini e non pecore di fronte al sopruso, di fronte alla mala fede, di fronte alla sventatezza o alla strafottenza altrui). Ma un valore lo ha, anche perchè il vigore dell'ordinamento giuridico si dissolverebbe nell'incerto e nell'approssimativo, in un mondo di rinunciatarii, per amore del quieto vivere ad ogni costo. Da questo punto di vista sembra uno sproposito considerare in ogni caso

l'indice grezzo della « litigiosità » come patologico, alla stregua, per esempio, della « criminalità ».

Ma altrettanto deprecabile, d'altra parte, è il litigio avventato o vessatorio, condotto avanti ad ogni costo, contro ogni senso di solidarietà e di benevolenza umana o alla ricerca delle soluzioni estreme, anche perchè non si può ragionevolmente pretendere dalla giustizia umana una precisione spinta fino agli apici e soprattutto poi, perchè lo spreco di attività pubbliche e private, che può richiedere questa ricerca (che diremmo del pelo nell'ovo) non è proporzionata ai risultati; e si farebbe della giustizia un meccanismo sociale, che assorbe energie per sprecarle in attriti. Qui comincia la patologia della litigiosità.

Cose che tutti sanno, si dirà. Verissimo. Ma che spesso si dimenticano.

E con questo « profilo pratico », chiudiamo la parte generale della nostra trattazione.

PARTE SECONDA

DEL PROCEDIMENTO ORDINARIO DI COGNIZIONE IN CONTRADDITTORIO

CAPITOLO PRIMO

OGGETTO E SOGGETTI DEL PROCESSO

SOMMARIO: § 1. Argomento di questa parte speciale. — § 2. Oggetto del processo; presupposti ed accessorii. Molteplicità di oggetti con connessione o senza. — § 3. Soggetti del processo. Pluralità di parti per uno stesso oggetto o per oggetti distinti ma connessi. Intervento, chiamata, opposizione di terzi, successione nel processo. — § 4. Il pubblico ministero, come eventuale soggetto del processo.

§ 1. — *Argomento di questa parte speciale.*

ARGOMENTO delle trattazioni speciali, che facciamo
151 seguire alla « parte generale » fin qui svolta, secondo il programma che ci siamo prefissi (v. sopra, n. 1 in fine e 88 in fine), è lo studio più dettagliato di alcuni tipi di procedimenti civili (intesi nel senso di cui ai nn. 84 e 88). Converrà anzi che ci limitiamo a due soli, che possiamo considerare come esemplari (quasi... archetipi degli archetipi), per non accrescere oltre misura la mole del libro. Riteniamo però, che, con questa preparazione, anche l'intelligenza delle discipline relative ad altri procedimenti resterà così agevolata, che ci si possa servire all'atto pratico dei testi di legge e dei trattati particolari, senza bisogno di altri prolegomeni istituzionali.

La prima delle trattazioni speciali, quella alla quale ora appunto ci accingiamo, sarà dedicata, come dice il suo

titolo, al procedimento di cognizione civile in contraddittorio, davanti alla autorità giudiziaria ordinaria.

Questo tipo di procedimento è disciplinato, come già sappiamo, dal primo libro del codice di procedura civile.

Il codice è stato pubblicato nel 1865 ed è entrato in vigore col 1° gennaio 1866 (in conformità del r. d. 25 giugno 1865, n. 2366), esteso successivamente alle nuove provincie che sono venute a far parte del Regno. Non è mai stato, per verità, un bellissimo codice. Adesso poi, è tutto uno strazio di rattoppature, dovute a leggi successive (e tecnicamente non migliori), che nel corso della trattazione verremo a mano a mano menzionando.

Una elencazione a questo punto sarebbe non meno tediosa che inconcludente. Per fortuna, del resto, vi sono delle ottime edizioni recenti dei codici, nelle quali, in nota od in appendice, si trovano raccolte, per diligenza dell'editore, anche le leggi complementari e modificative. C'è soltanto un'avvertenza, che qui preme di fare.

Il codice del '65 fra i suoi varii difetti aveva anche questo: che moltissime disposizioni di carattere generale erano date. quasi di straforo, a proposito delle forme e della sequela degli atti in un certo tipo di procedimento, di uso in allora più frequente davanti ai tribunali e alle corti d'appello, e che si chiamava « procedimento formale ». Questo è stato poi posto praticamente fuori di uso, con la legge 31 marzo 1901 n. 107 e relativo regolamento 31 agosto 1901 n. 473, rendendo invece di normale applicazione davanti ai tribunali e alle corti le forme del cosidetto « procedimento sommario », mentre le forme del procedimento davanti ai pretori ed ai conciliatori sono state a loro volta modificate con altre leggi successive. Ciò non toglie che ancor oggi le disposizioni di carattere generale si debbano andare a ripescare dentro al codice, là dove si trovano a proposito del defunto « procedimento formale », e adattarle, occorrendo, alle esigenze delle altre forme ora adottate, depurandole viceversa di quello che si connetteva alle peculiarità di quelle forme ora fuori di uso.

Questo era necessario avvertire, perchè non sorgano

equivoci nella lettura di articoli del codice che verremo citando, e perchè non si creda ad una inesattezza di riferimento da parte nostra, se qualche volta vi introdurremo qualche indispensabile rettificazione o ripulitura.

§ 2. — *Oggetto del processo; presupposti ed accessorii. Molteplicità di oggetti con connessione o senza.*

CIRCA L'OGGETTO, ricordiamo innanzitutto, che la ca-
152 ratteristica fondamentale dei procedimenti di cognizione, è quella di metter capo (quando pervengano al risultato ultimo, in vista del quale sono istituiti) ad una « pronuncia » del giudice, in forma di sentenza finale (semplice o complessa, come vedremo), che può contenere declaratorie o accertamenti (positivi o negativi), provvedimenti costitutivi o condanne (nn. 46 e seguenti); e ciò attraverso una indagine (« cognizione »), di fatto e di diritto (n. 89), alla quale variamente concorrono il giudice stesso e le parti (nn. 85 e 92 e segg.).

Oggetto e contenuto del procedimento, si può dire pertanto, che sia la formazione di questa pronuncia. Ma siccome il giudice può pronunciare soltanto accordando o negando quei provvedimenti che gli siano chiesti (cfr. il n. 84 e 90), oggetto e contenuto si possono rappresentare anche dicendo, che consistono nella formazione della pronuncia del giudice sulle domande delle parti.

A questo proposito abbiamo distinto, a suo tempo, l'azione come diritto — vero o preteso — a determinati provvedimenti di sanzione (e più precisamente a provocarne dal giudice l'emanazione e la pronuncia) dalla azione-attività in senso processuale (nn. 60 e seguenti). Questa distinzione è sempre la chiave di tutta la costruzione del processo. Esso nasce infatti da una attività di parti, con cui si propone la formulazione della azione (affermata o pretesa) e la richiesta al giudice, affinchè ne decida. Quando si volessero tener distinti e contrapporre questi due elementi, al primo converrebbe, forse, riservare più specialmente il

nome di « domanda » e al secondo (che dovrà poi essere « coltivato » o proseguito, come vedremo, con attività ulteriori) quello di « istanza ». Ma non è sempre necessario porre in rilievo il contrapposto e sarà difficile conservare questo rigore di terminologia, contro l'esempio dato dalla legge stessa e dalla pratica.

Naturalmente al momento della sua proposizione, non si può sapere se la domanda sia fondata e cioè se con essa si proponga una azione (in senso sostanziale) effettivamente ed attualmente proponibile e sussistente. Se essa (azione) effettivamente sussista o non sussista, risulterà soltanto dalla pronuncia finale del giudice (nn. 63 e segg. e 71). Il processo nasce dunque per intanto dalla domanda (anche se infondata) e si svolge come indagine sul suo fondamento. Se ed in quanto sia fondata, essa, con la pronuncia, verrà accolta; e i provvedimenti chiesti verranno pronunciati. Se ed in quanto sia infondata, verrà viceversa respinta, con un accertamento negativo circa il suo fondamento (n. 49 in fine). Al quale effetto, il giudice dovrà conoscere anche delle (vere o pretese) eccezioni, che alla domanda stessa vengano opposte (n. 68).

A questo però, che è il risultato per il quale, come dicevamo più sopra, esso è istituito, il processo potrà metter capo, soltanto se nel modo della sua costituzione o della sua condotta, siano osservati ed attuati dei requisiti estrinseci ed intrinseci, prescritti dalla legge, e che chiameremo requisiti o estremi di « procedibilità » (formale) o « di rito » dell'istanza. Così, per esempio, non a qualunque giudice potrà esser proposta qualunque domanda, bisognerà che il giudice sia competente; bisognerà che le parti (del processo) siano capaci o legalmente rappresentate od assistite; bisognerà che siano osservate le forme ecc. Questo importa, che il giudice dovrà a sua volta verificare pregiudizialmente, se ricorrano questi estremi; e in caso contrario dovrà chiudere il procedimento con la decisione ... di non poter decidere (in merito). Anche questa verificazione viene quindi a far parte necessariamente dell'oggetto del processo (n. 84).

Se in questo senso si può dire che l'oggetto del processo si estende naturalmente e necessariamente anche ai suoi presupposti (« di rito »), in altro senso poi si può dire che si estende, altrettanto necessariamente, ai suoi accessorii.

Con questo non vogliamo alludere soltanto agli eventuali accessorii della cosa, che forma oggetto materiale del provvedimento chiesto: se si chieda per esempio l'accertamento della proprietà di una cosa o la condanna a consegnarla, la domanda si estenderà a tutte le parti della cosa e a quanto le inerisca per accessione ed eventualmente anche per destinazione; la domanda al pagamento di una somma potrà estendersi ai relativi interessi moratorii ecc..

Vogliamo piuttosto ricordare, che il fatto stesso del processo può determinare delle conseguenze anche di contenuto pecuniario, delle quali pure il giudice deve necessariamente decidere, e che vengono a costituire un nuovo accessorio dell'oggetto principale: tali sono quelle relative al regolamento delle spese processuali ed agli eventuali danni per lite temeraria (n. 94).

Però, anche con questi accessorii, l'oggetto del giudizio, se pur divenga più o meno complesso, resta sempre sostanzialmente unico.

Ma la legge ammette anche la possibilità di un processo con pluralità o molteplicità di oggetti. Questa è un'altra ipotesi, e merita di esser considerata a parte.

153 MOLTEPLICITÀ DI OGGETTI in uno stesso processo può aversi, quando una parte con una istanza, esteriormente o formalmente unica (cioè contestuale), proponga più domande distinte (e che potrebbero essere oggetto di separati processi), perchè siano congiuntamente esaminate e decise. Vedremo più avanti, come alla molteplicità degli oggetti possa collegarsi anche il fenomeno di una pluralità di soggetti.

Ma a prescindere per ora da questa ulteriore ed eventuale complicazione soggettiva, resta a domandarsi, che ragione ci può essere per l'attore di promuovere una trat-

tazione (cognizione) simultanea e congiuntiva, e per la legge di consentirla, anzi talvolta, come vedremo, favorirla. Di solito, la ragione sta in questo : che le varie domande (come espressione di altrettante azioni pretese) dipendono almeno in parte dagli stessi fatti, nel qual caso si dice, secondo la terminologia della legge, che fra le varie domande vi è « connessione ». Per esempio : una parte è (o si dice che sia) inadempiente alle proprie obbligazioni nascenti da un contratto bilaterale e allora l'altra chiede la risoluzione e nello stesso tempo il risarcimento dei danni. Le sue domande oggettivamente sono due, ma dipendono ambedue dalla sussistenza e validità del contratto invocato e dai relativi fatti di inadempimento. Qualche cosa di simile si potrà dire, quando un proprietario o un possessore spogliato della cosa, chiedano la condanna alla riconsegna della cosa e al risarcimento dei danni. In questi e in altri simili casi di connessione, la cumulazione degli oggetti, cioè delle domande, per esser trattate in uno stesso processo, ha delle conseguenze sulla struttura del processo medesimo e sulle sue sorti, perchè il giudice dovrà formarsi una unica convinzione circa i fatti, dai quali dipendono le varie domande. Così, richiamandoci agli esempii or ricordati, non potrà decidere, che c'è inadempienza agli effetti della risoluzione (o che c'è violazione del diritto di proprietà o del diritto al possesso agli effetti del ricupero della cosa), ma non agli effetti degli eventuali danni. Ciò importa economia di attività processuali (in confronto con la ipotesi di più procedimenti distinti), maggiori garanzie di coerenza nella decisione (impossibilità di decisioni contraddittorie), probabilmente anche maggiore completezza di indagini. Si capisce quindi, come la legge non solo consenta, ma (come vedremo) favorisca, il cumulo o l'abbinamento con particolari norme di competenza e rendendo possibile, anzi relativamente necessaria, anche in un secondo tempo, la riunione in un solo processo, davanti allo stesso giudice, di cause separatamente iniziate per oggetti distinti, ma connessi.

Vedremo più avanti le relative disposizioni di legge

(poche, del resto, e indirette), quando parleremo delle regole di competenza per valore, per territorio e per connessione o continenza di causa (v. più oltre i nn. 136 e segg.). A queste va aggiunta la disposizione dell'art. 31 del reg. sul rito sommario 31 agosto 1901, n. 473.

Diverso è il caso, quando fra le varie domande contestualmente proposte non vi sia in questo senso un rapporto di connessione, come potrà avvenire, per esempio, quando uno chieda simultaneamente, a carico di un altro, la condanna a pagargli una somma datagli a mutuo, un'altra somma come prezzo di una cosa venduta, un'altra ancora come retribuzione di servigi resi ecc. In questa ipotesi il cumulo non ha altro effetto, che la giustapposizione delle domande e la simultaneità della trattazione, magari con qualche economia di spese nella redazione degli atti, ma senza altri effetti sensibili nella struttura del processo. Lo scopo di chi propone le domande, sarà piuttosto estrinseco che intrinseco al processo, come per esempio quello di arrivare nello stesso tempo ad appurare tutti i rapporti di dare ed avere fra di lui e la controparte, e magari di aprire la via, in secondo tempo, ad un unico procedimento esecutivo. La legge consente, con molte limitazioni e riserve anche questo cumulo (e lo vedremo pure trattando della competenza ; v. più oltre nn. 186 e segg.), ma non ha ragione di favorirlo, onde, di regola, non può neppure attuarsi, in secondo tempo, con la riunione, quando le cause siano state separatamente iniziate.

Pluralità o molteplicità di oggetti o di domande in uno stesso processo, e fra le stesse parti, può aversi infine anche quando il convenuto in giudizio proponga, a sua volta, delle proprie domande contro l'attore. Il che si suol esprimere, di solito, con le espressioni: « riconvenire », « riconvenzione » (del convenuto contro l'attore), « domande riconvenzionali ».

Queste devono esser trattate e decise nello stesso processo, quando vi sia una ragione di connessione, che la legge vede, là dove dipendano dagli stessi fatti già posti dall'attore a fondamento della propria domanda o dal con-

venuto a fondamento di una propria eccezione (v. più oltre il n. 137 e cfr. intanto art. 100 e 101 cod. proc. civ.). Esempii: l'attore chiede la condanna del convenuto al pagamento del prezzo di una cosa venduta, questo chiede a sua volta la consegna della cosa o di qualche accessorio o chiede la risoluzione del contratto per inadempimento (ipotesi del primo tipo); l'attore chiede la condanna del convenuto al pagamento di una certa somma, questo eccepisce la estinzione per compensazione in virtù di altro credito di maggior somma, che egli vanta contro l'attore (eccezione), e poi chiede (ecco l'ipotesi del secondo tipo), che l'attore sia condannato a pagare a lui la differenza (riconvenzione).

§ 3. — *Soggetti del processo. Pluralità di parti per uno stesso oggetto o per oggetti distinti, ma connessi. Intervento, chiamata, opposizione di terzi, successione nel processo.*

Soggetti del processo — sebbene in posizione giu-
154 ridica profondamente diversa e con diverse funzioni — sono il giudice da un lato e le parti dall'altro (n. 85 e 86).

Quanto al giudice, ricordiamo che con questa espressione così genericamente usata, al singolare, comprendiamo tutti quegli organi ed uffici, che nei singoli momenti o nelle singole contingenze del processo, durante il suo svolgimento, sono chiamati ad esercitare poteri e funzioni giurisdizionali (n. 86).

Quanto alle parti, ricordiamo ancora che il processo non nasce, se non ci sia innanzitutto chi propone la domanda iniziale (introduttiva); e questo lo si chiama, dal punto di vista processuale, « attore » in causa. È caratteristico d'altro canto del procedimento in contraddittorio, che la domanda non si possa proporre, se non provocando a comparire davanti al giudice colui, contro il quale la domanda è rivolta; e questo lo si chiama « convenuto » in causa (cfr. gli articoli 35 e 37 cod. proc. civ., tante volte citati nella parte generale, e sui quali tante volte dovremo tornare).

Attore e convenuto sono, l'uno e l'altro, parti del processo, dal momento in cui, con la proposizione della domanda, esso prende vita. Anche qui però bisogna tener presente, al solito, la distinzione fra azione (diritto) in senso sostanziale e azione (attività) in senso processuale (domanda o istanza); e non confondere la nozione di « parte del processo » con quella di « parte dell'azione ».

Può avvenire di fatto, che la domanda sia proposta da un soggetto al quale in realtà non spetta e non può spettare la azione in senso sostanziale (azione-diritto), che egli pretenderebbe di far valere, oppure che sia proposta contro qualche soggetto che non è quello contro il quale essa gli spetterebbe. La domanda evidentemente dovrà esser respinta perchè non proponibile fra quelle parti (non legittimate ad agire o a contraddire); ma intanto il processo nasce e si svolge fra di loro. Esse, pur non essendo parti rispetto all'azione in senso sostanziale, per intanto però sono parti del processo (parti in senso processuale). In questi casi il rigetto della domanda per difetto di legittimazione, a cui dovrà metter capo il processo, qualche volta si identifica col rigetto per improponibilità oggettiva, qualche volta però può anche assumere un contenuto proprio e distinto. Accenniamo, per spiegarci, qualche esempio, che riprenderemo poi in esame a suo tempo. Un Tizio si fa attore, chiamando in giudizio un certo altro Caio, per farlo condannare al pagamento di una certa somma, di cui si pretende creditore. Ma viene in luce, che si tratta di un credito di giuoco. Il processo sorgerà e potrà aver corso, ma il giudice (se non si sbaglia) rigetterà la domanda. La rigetterà perchè la legge in questo caso non accorda, anzi nega (art. 180 2cod. civ.), l'azione (in senso sostanziale). Qui la « carenza » di azione si identifica con la mancanza di legittimazione ad agire. Infatti che l'azione non ci sia o che la legge neghi a chiunque la legittimazione a proporla, non sono che due modi di esprimere la stessa cosa. Ma adesso supponiamo, che agisca per la condanna un certo Tizio, come erede di Prosdocimo. Erede non è. Il giudice rigetterà la domanda, perchè Tizio non

è legittimato ad agire e qui dovrà fermarsi, senza scendere a ricercare se oggettivamente l'azione sarebbe proponibile (da parte di altri): la pronuncia, in questo caso, resta necessariamente limitata al difetto di legittimazione soggettiva. Altro esempio: agisce Tizio per accertare la esistenza di una servitù prediale. Ma Tizio non è proprietario del fondo che si pretende dominante; è un conduttore o un possessore precario. Il giudice rigetterà la domanda, perchè l'azione (cosiddetta: confessoria di servitù) è data al proprietario (n. 65 in fine), tutt'al più all'enfiteuta o all'usufruttuario, mai al possessore precario. Anche in questo caso la pronuncia resterà limitata al difetto di legittimazione ad agire, senza occuparsi del punto se l'azione possa o non possa sussistere e spettare ad altri. Ma intanto il processo fra quelle parti c'è stato.

Qualche volta può avvenire perfino, che la posizione processuale delle parti sia esattamente inversa alla loro posizione sostanziale (rispetto alla azione). Così vedremo che nella opposizione contumaciale, processualmente attore in opposizione può essere (anzi sarà normalmente) la parte, che rispetto alla azione ha la posizione giuridica di soggetto passivo. Così nella opposizione a decreto ingiuntivo (parte generale, n. 96). Così nella opposizione a precetto, di cui ci occuperemo nella parte speciale sull'esecuzione forzata (e su cui v. del resto già nella parte generale il n. 103). E allora, come vedremo, a certi effetti bisogna aver riguardo alla posizione processuale, e a certi altri effetti invece alla posizione (inversa) delle parti stesse rispetto all'azione.

In questo senso, ripetiamo ed insistiamo, è essenziale, per la intelligenza di tutto quello che seguirà, non confondere il concetto e la nozione di « parti del processo » col concetto e con la nozione di « parti dell'azione » in senso sostanziale (sostanzialmente legittimate ad agire e ad essere convenute).

Abbiamo parlato così, della figura più semplice di costituzione del processo, per quanto riguarda le parti (un attore e un convenuto, davanti al giudice). Ci possono essere

tuttavia delle figure processuali più complesse, cioè con pluralità di parti, intendendo la pluralità come contrapposto alla dualità.

LA PLURALITÀ DI PARTI è un fenomeno processuale, che
155 può avere diversissime origini, diverso carattere e diverse conseguenze sulla struttura e sull'andamento del processo.

Qui bisogna ricordare innanzitutto, come ci siano delle azioni in senso sostanziale (azioni-diritto), che per loro natura possono porre in questione un rapporto giuridico unico fra più soggetti, tale, cioè, che non possa esser costituito (e quindi anche accertato) modificato o risolto, se non con effetti per tutti. Si pensi, per esempio, al condominio oppure alla comunione ereditaria, nascente dalla chiamata di più eredi ad una successione. Ciascuno ha diritto (azione in senso sostanziale) di chiedere la divisione (artt. 683 e 984 cod. civ.). Ma evidentemente un provvedimento divisionale (che faccia cessare per tutti, o anche per qualcuno di fronte agli altri, lo stato di indivisione) non può esser dato, se non con effetti per tutti e nei confronti di tutti, allo stesso modo che non si può attuare contrattualmente la divisione, se non col concorso di tutti. Si pensi ad un rapporto di società e alla azione di risoluzione del contratto, che in certe ipotesi può spettare ad uno o più soci (es. art. 1735 cod. civ.). Il provvedimento di risoluzione non può esser dato, se non con effetti per tutti ed in confronto di tutti. Si pensi al caso della azione di nullità del matrimonio fra due coniugi, che la legge accorda in certi casi anche a terzi interessati (art. 104 cod. civ). Il matrimonio non può essere dichiarato nullo od annullato, se non con effetto per ambedue i coniugi e in confronto di ambedue.

In questi casi si ha una azione in senso sostanziale (unica) con pluralità di parti (sempre in senso sostanziale).

Dalla considerazione di questa struttura dell'azione in senso sostanziale, derivano necessariamente queste conseguenze rispetto al processo: che chi pretende o vanta una azione in senso sostanziale (unica) in confronto di più altri soggetti, non può esercitarla processualmente, se non

in quanto siano o diventino tutti quanti parti del relativo processo. Potranno agire processualmente più contro uno o più contro più od uno solo contro più; ma bisogna che ci sian tutti, altrimenti la istanza non può aver corso. Magari più potrà avvenire, che, se la istanza non risulta proposta in confronto di tutti, il contraddittorio si possa integrare anche in secondo tempo, con l'intervento o con la chiamata successiva, di quelli che erano rimasti fuori. Ma certamente il giudice non può accingersi a pronunciare sul merito se, come si dice in pratica, il « contraddittorio » non sia « integro ».

Qualcuno parla in questi casi di « litisconsorzio necessario », ma la terminologia non ci sembra felice, perchè richiama l'idea di una comunanza di sorti o di interessi fra più parti (« consorzio »), mentre in realtà può anche avvenire che ciascuna delle (più) parti abbia una posizione sostanzialmente autonoma, in contrasto con tutte le altre (come, per esempio, nel caso della divisione). Preferiamo quindi parlare di azione unica, e di giudizio unico o di causa unica, con pluralità di parti.

Ben diverso è il caso, in cui la pluralità di parti si coordini invece ad una pluralità di azioni con oggetti distinti. Abbiamo già detto infatti più addietro (n. 153), che in un solo processo si può trattare simultaneamente o congiuntamente di più domande. Ciò può avvenire, anche quando le più domande siano la espressione di diverse o distinte azioni (pretese) fra soggetti diversi. In questo caso però (a differenza di quello che avviene per l'ipotesi di più oggetti fra le stesse parti), si richiede che ci sia « connessione » fra le domande (o almeno una correlazione simile, secondo la giurisprudenza, alla connessione propriamente detta), perchè possano essere esaminate e decise nello stesso processo.

CONNESSIONE (secondo quello che si è detto a propo-
156 sito della pluralità di oggetti: n. 153) ci sarà, quando le varie domande dipendano, in tutto od in parte, direttamente o indirettamente, dagli stessi fatti. Si pensi, per

esempio al caso di un creditore, che muore lasciando più eredi. Di regola (e salve le disposizioni eccezionali sulla indivisibilità delle obbligazioni), ciascun erede potrà pretendere dal debitore il pagamento del debito per la quota ereditaria, e agire per la quota (n. 73 in fine). Ciascuno potrà anche agire, indipendentemente dagli altri. Però c'è connessione fra le varie azioni di quota, perchè in fondo dipendono tutte dal punto, se il credito sussistesse o non sussistesse per il defunto (e cioè dai fatti, per cui si pretende che fosse sorto a favore del defunto, e salvo discutere dei fatti per cui si fosse estinto). In vista di ciò, la legge non solo consente, ma favorisce, la riunione o il cumulo delle domande, per esser trattate in uno stesso processo, anzi preme, come vedremo, sulle parti, perchè questa riunione avvenga; e ciò sempre per le stesse ragioni già accennate a proposito del cumulo di oggetti connessi fra le stesse parti (economia di attività e di spese processuali, prevenzione di possibili disformità di decisione ecc.). Lo stesso avverrà nel caso inverso, che sia morto il debitore, e il creditore abbia azione per la quota contro ciascuno degli eredi. Ma lo stesso avverrà ancora, quando più persone abbiano concorso nella conclusione di un negozio giuridico, come nel caso di una vendita con più venditori o compratori, un mutuo con più mutuatarii ecc.. A rigore, e da un punto di vista strettamente giuridico, si potrebbe dire che, se sono più i venditori, i compratori, i mutuatarii, altrettanti sono i negozii giuridici che vengono posti in essere, da ciascuno e rispetto a ciascuno. Ma storicamente la conclusione del contratto può considerarsi come un fatto unico, sebbene complesso; e questo basta perchè vi si scorga una ragione di connessione fra le varie azioni.

La connessione potrà vedersi fra più obbligazioni e fra le relative azioni, anche nel caso in cui esse si trovino in tale rapporto, per cui il pagamento di uno degli obbligati libera gli altri: la sussistenza di questo rapporto, che le collega, basta a rendere possibile la riunione, anzi a far entrare in vigore, almeno in parte, le disposizioni di legge, che la favoriscono. Così avverrà, se il possessore di una

cambiale non pagata a scadenza, voglia agire contro i varii obbligati in via di regresso. Lo stesso dovrà dirsi quando vi siano più creditori, ma il pagamento, fatto ad uno di loro, estingue anche il credito degli altri.

Connessione vi sarà finalmente, quando le sorti di un'azione dipendano in tutto od in parte da quelle di un'altra, nel qual caso pure si può dire che, almeno indirettamente od in parte, ambedue dipendano dagli stessi fatti. Così, per esempio, quando vi sia, o si pretenda che vi sia, un debito garantito con fideiussione, le sorti dell'azione contro il debitore principale dipenderanno dalla effettiva sussistenza del debito, ma da questa dipende, almeno in parte, anche l'azione contro il fideiussore, perchè la fideiussione non può sussistere, se non sussista il debito principale (art. 1899 cod. civ., con le conseguenze di cui all'art. 1927).

Una certa connessione suol vedere finalmente la giurisprudenza anche in un'altra ipotesi, non contemplata però dalla legge, e cioè quando più azioni (pretese) di più soggetti o contro più soggetti, pur sorgendo da fatti distinti, presentino una perfetta o quasi perfetta similitudine di caratteri e facciano sorgere pertanto davanti al giudice le stesse questioni di ordine giuridico. Per esempio: sono stati licenziati più impiegati di una stessa azienda e questi chiedono l'indennità di licenziamento (tanti rapporti di impiego, tanti licenziamenti, tante azioni). Ma sorge per tutti una stessa questione, e cioè se sia applicabile, per esempio, una certa consuetudine o un certo contratto collettivo: si ammette di solito (bene o male) la possibilità di cumulare le domande in uno stesso processo.

157 Il cumulo o l'abbinamento di domande diverse o distinte di più parti o contro più parti in uno stesso processo, può essere originario, come avverrà, per esempio, quando più creditori propongano congiuntamente le loro domande (connesse) contro il debitore o il creditore contro più debitori, il creditore contro il debitore principale e contro il fideiussore ecc.. Tavolta però, il cumulo e l'abbinamento possono avvenire anche in secondo tempo. Può

essere, per esempio, che le diverse domande siano state separatamente proposte, dando origine a diversi e distinti processi. Successivamente le domande vengono riunite e riproposte davanti ad uno stesso giudice, in modo che un solo processo si estenda a tutte, e venga per così dire ad accoglierle tutte nella sua orbita; e gli altri processi, separatamente promossi, per conseguenza si estinguano. Si parla allora di « riunione delle cause » (anal. al caso, di cui al n. 153).

Può anche essere, che una domanda sia stata proposta facendo sorgere il relativo processo soltanto fra certe parti. Successivamente altre parti possono « intervenire » nel processo pendente, per proporre altre domande proprie (ma connesse) contro le parti del processo già pendente oppure in parallelo con una di esse contro l'altra. Si parla in questo caso di « intervento volontario », rispettivamente « principale » o « litisconsortile » (per distinguer l'uno e l'altro dall'intervento « adesivo », di cui parleremo più avanti). Anche in questa ipotesi il processo può espandersi, per così dire, e abbracciare insieme, nella sua orbita, le vecchie e le nuove domande.

Si supponga, per esempio, che un certo attore abbia promosso un giudizio di revindica (di una certa cosa) contro un certo convenuto. Interviene un terzo, per sostenere che la cosa non è nè dell'attore nè del convenuto, bensì è sua (di lui, terzo) e per chiedere, che sia restituita a lui. Evidentemente viene a formarsi un abbinamento di domande: dell'attore originario contro il convenuto originario e del terzo contro i primi due. È esempio tipico di intervento principale. Ma si supponga adesso, che agisca in revindica contro il possessore, un condomino della cosa (con effetti per la sua quota). Interviene l'altro condomino a rivendicare anche lui (e a sua volta per la sua quota) contro lo stesso possessore. Evidentemente verrà a formarsi un cumulo di due domande parallele (dei due condomini contro il convenuto). È esempio tipico di intervento litisconsortile. Finalmente può anche avvenire, che una parte di un processo già pendente ne chiami altre ad « intervenire », per proporre contro di esse altre domande (connesse)

oppure perchè la domanda altrui venga estesa anche a loro o quanto meno si formi, anche rispetto a loro, l'accertamento giudiziale di fatti, da cui dipendono anche altre domande (connesse) proponibili contro di loro, sebbene non ancora attualmente proposte.

Si parla in questi casi di « chiamata in causa » o di « chiamata in intervento » di terzi nel processo pendente; ed anche in questa ipotesi abbiamo, al solito, quell'allargamento del processo, che si ha nei casi precedentemente considerati.

Si supponga, per esempio, che un creditore abbia agito contro uno di più condebitori. Anche successivamente (e, per esempio, a seguito di eccezioni che gli vengano opposte), può chiamare in causa gli altri condebitori e proporre anche contro di loro le proprie domande. Si determinerà così un cumulo di domande nello stesso processo. Ma può anche essere il condebitore, solo convenuto fra più, a chiamar gli altri in causa. E allora i casi sono due: o a seguito della chiamata (fatta dal convenuto) l'attore ne profitta per proporre anche contro di loro le proprie domande, e ricadiamo per altra via nel caso precedente (cumulo di più domande), oppure l'attore non propone, neanche dopo la chiamata, le proprie domande contro gli altri. Allora non abbiamo più un cumulo di domande di condanna contro diversi soggetti. Però l'accertamento del fondamento di fatto del debito comune, avverrà anche nei confronti dei condebitori, chiamati in causa dal convenuto. Il cumulo ci sarà soltanto agli effetti di quell'accertamento.

La legge non tiene ben distinte tutte queste varie ipotesi. Essa ha una sola disposizione di carattere processuale, sull'intervento, che mette in fascio tutti i varii tipi di intervento (principale, litisconsortile, adesivo ecc.), e dice: « Chiunque abbia interesse in una causa vertente « fra altre persone può intervenirvi . . . » (art. 201). E una sola disposizione sulla chiamata in causa in generale, che dice: « Ciascuna delle parti può chiamare in causa un terzo « al quale creda comune la controversia . . . » (art. 203 cod. proc. civ.). Soltanto per la ipotesi di « chiamata in garanzia », della quale faremo cenno particolare un po' più avanti, dice qualche cosa di più (art. 193 e segg.).

Così come si può determinare in secondo tempo la riunione o l'abbinamento di più cause (domande, oggetti) in uno stesso processo, si può verificare in secondo (o in terzo tempo) anche il fenomeno inverso, e cioè che più cause, riunite od abbinate per esser trattate in un solo processo, vengano successivamente scisse o stralciate, in modo che il processo originario venga ristretto ad una o più di esse, e per le altre si faccia luogo alla costituzione di processi separati.

Qui manca addirittura una disposizione espressa della legge, ma la regola si desume, argomentando da varie disposizioni particolari (es. artt. 199 u. c., 204, u. c. ecc. cod. proc. civ.).

158 La struttura del processo con pluralità di parti è però profondamente diversa, secondochè si ricolleghi alla proposizione di una azione unica o al cumulo od abbinamento di più domande, che rappresentino la proposizione di altrettante azioni, con oggetto distinto e parti diverse.

Nel primo caso il provvedimento finale di merito, al quale metta capo il processo, non può essere a sua volta che uno, unico per tutti, espressione di unica convinzione e volontà del giudice. Il procedimento non può svolgersi a quell'effetto, se non col costante contraddittorio di tutte (v. sopra, n. 155). Potranno e dovranno essere « estromesse » soltanto quelle parti del processo, che eventualmente si riconosca che non sono parti rispetto alla azione proposta.

Nel secondo ordine di casi invece, il giudice deve dare, in realtà, altrettanti provvedimenti quante sono le domande.

Questo non toglie che, se il processo giunge fino in fondo, sempre col concorso di tutte le parti, queste varie decisioni debbano, di regola, risultare uniformi oppure coordinate fra loro. E quando siano uniformi, potranno essere anche conglobate in una formula unica, che ne rappresenti la somma: è indifferente, che il giudice condanni, per esempio, una parte a cinquanta e l'altra pure a cinquanta o le condanni ambedue

insieme a cento, da pagarsi per quote, metà per ciascuno. Nella formazione della convinzione del giudice circa quei fatti, dai quali dipendono tutte le varie domande, tutte le parti concorreranno con la loro attività, e il giudice dovrà tener conto delle attività processuali di tutte. È soprattutto rispetto ad ipotesi di questo tipo, che preferiamo parlare di « cumulo » di domande (in parallelo), piuttosto che di abbinamento, pur senza attribuire una eccessiva importanza a questa terminologia

Però, se ci siano poi degli altri fatti da considerare, che abbiano rilevanza soltanto rispetto ad una determinata domanda e non alle altre, la convinzione del giudice in proposito si formerà con effetti limitati a quella domanda e non alle altre, tenendo conto, per questo effetto, soltanto delle attività processuali di coloro, che son parti rispetto a quella domanda, e non delle attività degli altri, che vi siano estranei. Così, per esempio, se siano convenuti insieme il debitore principale e il fideiussore, il giudice non potrà dire rispetto all'uno, che il debito principale esiste e rispetto all'altro dire viceversa, che esso non esiste. E per dire, se esso esiste o non esiste, dovrà tener conto delle attività processuali dell'uno e dell'altro, oltrechè del creditore. Ma quando sia a decidere poi se esiste, come negozio distinto e a sè stante, la fideiussione, dovrà formarsi in proposito una convinzione distinta, ed emettere su questo punto una distinta decisione, tenendo conto su questo punto (almeno normalmente) soltanto delle attività processuali del creditore e del vero o preteso fideiussore. E potrà ritenere, per esempio, esistente e valido il debito principale, ma non la fideiussione ; condannare il debitore e assolvere il preteso fideiussore. In questi casi parliamo più volentieri (ma sempre senza farne un caso di coscienza) di « abbinamento », piuttosto che di cumulo. Le varie decisioni debbono risultare piuttosto coordinate fra loro (in relazione ai punti comuni) che non propriamente parallele.

La differenza di struttura fra il caso di azione unica e di unico giudizio con pluralità di parti e i casi di cumulo e di abbinamento si manifesta in varie conseguenze pratiche.

Abbiamo già avvertito (n. prec. in fine), che le cause originariamente o successivamente abbinate o cumulate possono poi, strada facendo, essere scisse o stralciate. Può anche avvenire, che per le une il processo si arresti e per altre prosegua o magari conduca a risultati diversi, per effetto di atti di disposizione extraprocessuali o anche processuali, che compiano o non compiano le varie parti, rispetto alle singole domande, che le riguardano. Può avvenire, per esempio, che, essendo convenuti due debitori o pretesi debitori per un debito nascente dallo stesso fatto, il creditore transiga o componga con l'uno e non con l'altro, rinunci alla azione di fronte ad uno e non di fronte all'altro : il processo proseguirà soltanto per l'altro. Può essere, che da una sentenza l'uno appelli e l'altro no : il processo prosegue soltanto per quello che appella e non per l'altro, e può anche essere che, a seguito di ciò, la decisione finale per uno resti ferma in un certo senso e per l'altro venga riformata in senso tutto diverso. E similmente può avvenire, che lo stesso soccombente appelli contro uno e non contro altri. Può essere che una parte deferisca ad una delle altre, e non a tutte, il giuramento decisorio. Può essere che, deferito il giuramento a più, una parte giuri e un'altra rifiuti di giurare. Anche in questo caso le sorti delle varie domande possono divergere. Possono divergere, se nei rapporti fra qualcuna di loro siano invocati dei mezzi di prova aventi efficacia legale per loro e non per le altre.

Tutti questi fenomeni proprii del caso di domande cumulate od abbinate, non possono evidentemente aver luogo quando si tratti invece di una unica azione (cui deve corrispondere una unica decisione), sebbene con pluralità di parti.

L'INTERVENTO ADESIVO, è un accidente processuale, che
159 può dar luogo ad un fenomeno di pluralità di parti in giudizio, ma in senso diverso da quello veduto in tutti i varii ordini di casi precedentemente accennati.

Intervento adesivo di terzi in un processo pendente, ci può essere quando altri soggetti abbiano un interesse proprio (riflesso o dipendente) alla vittoria dell'una o del-

l'altra parte in causa; e vengano a prender parte al processo medesimo, per favorire o promuovere, anche con attività processuali proprie (nel proprio interesse), quella vittoria altrui, per loro auspicabile.

Accenniamo un esempio. Si contende fra gli eredi legittimi e altri chiamati alla successione per testamento, se questo sia valido o nullo. Ora supponiamo, che il testamento faccia carico agli eredi (testamentarii) di pagare certe somme a terzi, a titolo di legato. I legatarii evidentemente hanno un interesse proprio (sebbene dipendente), a che il testamento sia ritenuto valido e quindi riescano vittoriosi gli eredi testamentarii, perchè in caso contrario essi (legatarii) non potranno più chiedere il pagamento delle somme legate. Potranno intervenire pertanto nel processo per sostenere (nel proprio interesse) le ragioni dei testamentarii. Altro esempio, di altro ordine. Si contende fra alienante ed acquirente della risoluzione di un contratto di acquisto. La risoluzione farebbe cadere (entro certi limiti) i diritti acquistati nel frattempo da terzi sull'immobile alienato, nonchè le locazioni, le anticresi ecc. Questi terzi possono intervenire nel giudizio, affinchè, con la vittoria dell'acquirente, sia evitata loro questa iattura. Più dubbio è, se possano intervenire i creditori chirografarii dell'acquirente (che, con la risoluzione, perderebbero la possibilità di considerare l'immobile come garanzia dei loro crediti a sensi degli artt. 1948 e 1949). In realtà essi non hanno un diritto attuale, concreto, specifico sull'immobile, da portare a salvamento: la «garanzia» di cui parlano gli artt. 1948 e 1949, è generica su tutto il patrimonio, ed è eventuale e potenziale, fino a che non abbia luogo l'esecuzione. In massima riteniamo pertanto, che l'intervento si debba escludere, salvo che il contegno del loro debitore nel giudizio contro l'alienante (per inerzia o per collusione) non faccia sorgere gli estremi, che legittimerebbero l'esercizio di una azione surrogatoria o revocatoria (artt. 1234 e 1235 cod. civ. e arg. dall'art. 512 cod. proc. civ., sul quale v. più oltre il n. 162). Ammesso espressamente è invece l'intervento dei creditori nei giudizii divisionali, in cui sia parte il loro debitore (art. 680 cod. civ.).

Tutti questi casi, e infiniti altri consimili, sono caratteristici, perchè il terzo, che è legittimato ad intervenire, non sarebbe viceversa legittimato ad agire od esser convenuto in via principale ed autonoma. Qui non esercita, in altri termini, una azione in senso sostanziale (vera o pretesa), di cui egli sia il (vero o preteso) titolare attivo o passivo. Egli ha soltanto la possibilità di farsi parte del processo già pendente fra altri, quasicchè la sua legittimazione sorga da questo fatto (della pendenza del processo), e solo come legittimazione ad intervenirvi a fianco di altri. Secondo i concetti fondamentali da noi esposti nella parte generale (n. 15), qui si dovrebbe pertanto ritenere che c'è un interesse riflesso o indiretto del terzo alla vittoria altrui, interesse che è occasionalmente protetto, e cioè viene protetto in occasione del processo fra altri e viene protetto con questa caratteristica facoltà di intervento, che implica pur sempre una specie di legittimazione (per questo effetto), ma subordinata e in tono minore.

Certo si è, per altro, che, avvenuto l'intervento, il terzo interveniente diventa parte del processo pendente (parte, s'intende, in senso processuale), come tutte le altre, e può spiegare tutte le attività, che creda utili ai suoi fini. E se la parte principale alla cui vittoria ha interesse, trascuri la difesa o dolosamente la abbandoni in di lui pregiudizio, può sostituirsi ad essa, e fare tutto quanto essa stessa avrebbe dovuto o potuto fare per ottenere una decisione favorevole. Resterà poi a vedere, se la decisione favorevole, che per avventura ottenga, abbia sempre effetto pieno e totalitario oppure possa avere effetto limitato a quel tanto, che basta per evitare un pregiudizio ai suoi interessi. Probabilmente bisognerà distinguere fra caso e caso; ma è problema, questo, più di diritto sostanziale che processuale, e nel quale pertanto non possiamo scendere a fondo.

L'intervento adesivo sarà di regola volontario e spontaneo ed avverrà in conformità di quel generico art. 201 del cod. proc. civ., che abbiamo più sopra ricordato a proposito di altri tipi di intervento (sopra, n. 157 in fine).

Vi sono tuttavia dei casi, in cui una parte del processo

già pendente, può aver diritto di essere difesa (o coadiuvata nella difesa) da un terzo. In questi casi può chiamarlo in intervento, precisamente per esserne coadiuvata.

160 La « CHIAMATA IN GARANZIA », sotto un certo aspetto, è uno di questi casi. L'acquirente, citato in giudizio da un rivendicante o da chi pretenda di avere comunque dei diritti reali sulla cosa acquistata, e che si trovi pertanto in pericolo di evizione, può chiamare in giudizio l'alienante, affinchè lo difenda contro l'attore. Anzi, se non lo chiama, può essere esposto alle conseguenze, di cui all'art. 1497 cod. civ. Così l'acquirente di un credito, che si senta opporre delle eccezioni dal debitore ceduto, può chiamare il cedente, affinchè lo difenda contro queste eccezioni del convenuto (arg. dall'art. 1542 cod. civ.). Il fideiussore solidale, convenuto dal creditore, può chiamare il debitore principale, affinchè lo difenda, se creda di poter sostenere, che il credito principale non sussista o sia estinto (arg. dall'art. 1919 cod. civ.).

Di solito la chiamata in garanzia avrà anche un altro scopo ed un altro effetto, e cioè far condannare il garante a tenere indenne il garantito, in caso di soccombenza.

In questo caso lo scopo e l'effetto della chiamata è duplice, per il garantito: esser difeso contro il suo avversario e, in caso di soccombenza, ottenere a proprio favore la condanna del garante. Per questo ultimo lato e sotto questo ultimo aspetto, la chiamata determina un abbinamento di cause (domande fra parti diverse) nello stesso processo: causa principale originaria e causa del garantito contro il garante (cause evidentemente connesse, perchè la seconda dipende in tutto o in parte dalla prima, ma con oggetto diverso). Però sotto il primo aspetto (scopo di esser difeso contro l'avversario), la chiamata non introduce invece nel processo pendente una nuova causa, bensì determina soltanto l'intervento di una nuova parte, con funzioni di ausilio nella difesa, nella causa principale originaria.

Le due finalità e le diverse conseguenze della chiamata, non si possono confondere.

Può anche avvenire infatti, e avviene talvolta in pratica, che la chiamata in garanzia avvenga soltanto per il primo scopo (difesa), riservando invece ad un separato ed eventuale processo distinto il secondo (domanda di indennità). Ed allora la chiamata non determina un abbinamento di due cause, ma soltanto l'intervento di una nuova parte (ausiliaria) nella prima.

Tutte le volte che il garante sia stato chiamato ad intervenire, e sia intervenuto in difesa del garantito, il garante può anche assumersi sopra di sè la sua difesa e sostituirsi a lui (come può avvenire in caso di intervento adesivo volontario). Anzi quando ciò avvenga, e le altre parti vi consentano, il garantito, che non sia personalmente obbligato verso di loro, può essere estromesso dal giudizio. Nel qual caso però la eventuale soccombenza del garante, che si sia sostituito a lui, ha effetti anche a suo carico.

Tutto questo trova menzione, se non una disciplina chiara ed organica, nel codice agli artt. 193 e seguenti.

161 L'INTERVENTO ORDINATO d'ufficio dal giudice sembra essere finalmente un altro modo, piuttosto singolare, di introdurre delle nuove parti in un giudizio già pendente. C'è un art. 205 del codice di procedura civile, il quale dispone: « L'autorità giudiziaria, se riconosce opportuno l'intervento in causa di un terzo, può ordinarlo anche di ufficio. In questo caso dichiara nella sentenza a cura di chi « la citazione debba esser fatta e stabilisce il termine per « eseguirla. In ogni caso la citazione può farsi eseguire da « qualunque delle parti ». Si desume dall'articolo che, se la citazione del terzo non abbia luogo, il processo non potrà essere proseguito; e se venga ripreso fra le stesse parti di prima, il giudice in coerenza al provvedimento precedente dovrà decidere di non poter decidere, con sentenza che dichiarerà la « improcedibilità » o, come si dice in pratica: « non luogo a deliberare » sul merito.

Ma quando è, che il giudice potrà ordinare l'intervento e a che scopo? Questo punto è sempre stato controverso dal 1865 ad oggi e non si può dire, che le idee si siano apprez-

zabilmente chiarite. La difficolta è questa: che soltanto le parti possono proporre domande e soltanto sulle domande proposte può decidere il giudice. Ora, se nessuna delle parti intende proporre domande contro il terzo o nei confronti del terzo, a che farlo intervenire?

Guardando a quello che succede (bene o male) nella pratica, crediamo di poter rilevare, che il cosiddetto intervento d'ufficio, può essere ordinato dal giudice nei casi dei tipi seguenti: prima di tutto, quando sia stata esercitata in giudizio una azione, proponibile od esperibile soltanto contro più parti, senza che tutte siano state chiamate in giudizio. La sentenza in questo caso non sarebbe, se non una forma di sospendere il rigetto e dar modo alle parti di evitare, che vadano per così dire sprecati gli atti già compiuti. La sentenza assumerebbe, cioè, di fronte alle parti questo significato »: « la domanda non può aver corso, se non provvedete alla integrazione ». In secondo luogo può esser ordinato l'intervento, quando si contenda fra le parti di una prestazione da farsi da un terzo all'una od all'altra di loro, e al terzo sia indifferente prestare all'una od all'altra; oppure quando l'attuazione pratica dei provvedimenti che si chiedono, non possa comunque avvenire, se non col concorso di un terzo. L'autorità giudiziaria può ritenere opportuno, se non necessario, che il terzo sia in giudizio, sebbene non ci siano domande contro di lui, all'effetto di assicurare la piena efficacia pratica della sentenza, che essa sia per pronunciare. Finalmente l'intervento può esser ordinato (ma è più discusso), quando il terzo sia in possesso di dati o di elementi rilevanti per la decisione della controversia e il giudice ritenga, che abbia obbligo di esibirli o di porli a disposizione della giustizia. Nel qual caso, trattandosi di esibizione, non si può dire che l'autorità giudiziaria faccia acquistare posizione di parte, a chi potrebbe essere un testimonio in causa. Altri casi di intervento ordinato d'ufficio si sono visti talvolta, ma ci sembrano ancora più arbitrarii.

Certo si è che il terzo, una volta citato in causa, acquista posizione processuale di parte. Può comparire e dichiararsi indifferente, può rimanere assente (contumace),

può dichiarare di essere pronto ad ottemperare agli ordini di giustizia o contestare di esservi tenuto. Dal momento che diventa parte, può anche assumere il contegno di un interveniente principale o adesivo, può esser esposto a veder proposte contro di lui delle domande dalle altri parti, resistere o contrapporre delle domande riconvenzionali proprie, se lo stato della procedura lo consenta.

L'OPPOSIZIONE DI TERZO a sentenze già pronunciate fra
162 altre parti, opposizione che la legge introduce e considera come un mezzo di impugnativa (art. 510 e segg. cod. proc. civ.), dà luogo a sua volta ad un caso successivo di pluralità di parti, che ha dei caratteri tutti suoi proprii.

Tale opposizione è ammessa, in linea generale (art. 510), quando una sentenza pronunciata fra altre persone, pregiudichi i diritti di un terzo. Così, quanto meno, si esprime il codice, ma non è chiarissimo a che cosa voglia alludere, perchè, come sappiamo, il giudicato di regola non giova e non nuoce ai terzi, che abbiano una propria legittimazione autonoma ad agire o ad esser convenuti (parte generale, n. 81). Ora qui, sotto forma di impugnativa, si prevede in realtà una forma di azione (del terzo contro le parti del giudizio precedente). Ci si domanda pertanto come si possa fare l'ipotesi, che il terzo abbia questa azione (autonoma) perchè pregiudicato nei suoi diritti, mentre, se è terzo e se ha l'azione, si dovrebbe dire che il giudicato non gli giova e non gli nuoce.

Secondo noi, la disposizione si spiega pensando prima di tutto, che il giudice può avere sbagliato, pronunciando, per esempio, fra due parti, là dove non avrebbe potuto pronunciare, se non in contraddittorio anche del terzo. C'erano tre coeredi o condomini; il giudice ha diviso fra due (magari perchè gli si è lasciato ignorare, che ci fosse anche il terzo). Il terzo, per conseguire quello che gli spetta del patrimonio o della cosa comune, bisogna, che tolga di mezzo la divisione precedente. Potrà farlo precisamente con l'opposizione di terzo.

Dubbio è invece, se l'opposizione sia data al terzo, che

avrebbe potuto intervenire nel giudizio precedente per tutelare un proprio diritto o interesse derivato o riflesso, ma senza essere un contraddittore necessario per la legittima costituzione del giudizio (sopra, n. 159). Riprendiamo un esempio già fatto. Si è svolto un giudizio fra eredi legittimi e testamentarii sulla validità di un testamento. Non sono stati chiamati in giudizio i legatarii di somme (e non era necessario chiamarli); non sono intervenuti. Il giudice annulla il testamento. Possono insorgere contro la sentenza questi legatarii, e fare opposizione dicendo, che essa ha pregiudicato il loro diritto di conseguire il legato? Riteniamo (con qualche riserva) di sì. In questo caso evidentemente bisogna dire, che il diritto di intervenire si converte, dopo la sentenza, nel diritto di impugnarla, allo stesso scopo e per gli stessi effetti; e si perpetua quindi in questa forma la tutela dell'interesse indiretto o riflesso del terzo, anche dopo la sentenza.

La opposizione di terzo è ammessa poi, per disposizione testuale (art. 512), da parte dei creditori di una delle parti, quando la sentenza sia effetto di dolo o di collusione ai loro danni. In questa ipotesi, l'opposizione di terzo contro la sentenza rappresenta, nel campo processuale, il parallelo della azione revocatoria contro i negozii giuridici fraudolenti nel campo del diritto sostanziale (art. 1235 cod. civ.). Anche qui la legge tutela, con la concessione della impugnativa, un interesse indiretto o riflesso (parte generale, n. 15).

La opposizione (quando sia fondata) riapre il processo e determina una fase ulteriore, in cui per necessità di cose c'è pluralità di parti, anche se non c'era nella fase precedente; saranno parti infatti del processo in questa nuova fase il terzo opponente e le parti della fase precedente. Il processo assumerà così tardivamente la stessa struttura, che avrebbe assunto, se fosse stato costituito in origine in confronto di tutte le parti o se ci fosse stato già nella fase precedente l'intervento del terzo.

MUTAMENTO DELLE PARTI nel corso del processo può av-
163 venire (qualunque sia la loro posizione processuale) in caso

di morte o di altri eventi giuridicamente equiparabili alla morte, che diano luogo a fenomeni di successione a titolo universale. La successione avviene nella posizione sostanziale (v. la parte generale, n. 73 e segg), ma implica per riflesso anche la successione nella legittimazione ad agire, ad esser convenuto, ad intervenire, ad esser chiamato in causa ecc. E siccome la legge vuol escludere, che il processo già iniziato si estingua, necessariamente deve disporre, che i successori vi subentrino, nel luogo della parte scomparsa, per proseguire il processo medesimo, nello stato in cui si trovava al momento della scomparsa. Potranno farlo di loro iniziativa o, se non lo facciano, potranno essere le altre parti o una qualsiasi delle altre, che, per proseguire, li citano, affinchè subentrino.

Siccome però le disposizioni date dalla legge in proposito, danno o possono dar luogo transitoriamente ad una interruzione del corso del processo, preferiamo rinviarne la esposizione ad un capitolo successivo (cap. IV, n. 220), dove toccheremo appunto di questo fenomeno più generale della interruzione.

Il fatto che una delle parti trasmetta o trasferisca ad altri a titolo particolare i diritti, le ragioni o in massima la situazione giuridica sostanziale per cui stava in giudizio, non determina invece, necessariamente, un mutamento di parti, nel senso che il successore a titolo particolare subentri al suo dante causa. Il processo di regola prosegue fra le parti originarie, con effetti anche per il successore (v. parte generale, n. 75 in fine). Però il successore può intervenire nel processo nelle forme di un intervento adesivo (nel proprio interesse), a lato del suo dante causa. E quando le altre parti vi consentano, può anche sostituirsi a lui (v. sopra i nn. 159 e 160), facendolo « estromettere » dal processo e prendendo, per così dire, il suo posto.

Questa, per lo meno, è la soluzione comunemente ricevuta, nel silenzio della legge.

§ 4. — *Il pubblico ministero come eventuale soggetto del processo.*

164 Il PUBBLICO MINISTERO può essere anch'esso parte in giudizio, in quei casi in cui sia chiamato ad esercitare ed eserciti in sede civile l'azione pubblica (parte generale, n. 43).

La sua posizione, per così dire, intima od interna è, in tal caso, radicalmente diversa da quella di una parte privata, perchè esercita una pubblica funzione e deve esercitarla secondo criterii di pubblico interesse. Però le manifestazioni estrinseche della sua attività , nei rapporti contro gli altri soggetti del processo, sembra (nel silenzio della legge), che debbano uniformarsi alle discipline generali e consuete delle attività di parte. Non può certo esercitare nel processo civile i poteri e le attribuzioni, che gli sono conferiti nel processo penale (parte generale, n. 90).

Il caso si verifica, del resto, così raramente, che crediamo qui di poter sorvolare.

Ricordiamo piuttosto, che ci sono dei casi in cui il pubblico ministero deve intervenire anche nelle cause civili (e cioè nei relativi processi) promossi ad iniziativa di parte (così in tutte le cause nelle quali avrebbe potuto agire, nelle cause matrimoniali, nelle cause del lavoro in appello e in qualche altro caso). Deve intervenire in tutte le cause nella fase di cassazione ; può sempre intervenire in tutte le cause, nelle altre fasi dove ciò non sia prescritto. Non si tratta però di un intervento, con cui assuma posizione e funzione di parte. È da ritenersi piuttosto, che debba limitarsi ad esprimere il suo opinamento sulla decisione da adottare, per la più corretta applicazione della legge, secondo il suo spirito. Il che esso può fare autorevolmente, perchè uso a considerare le cose, secondo la natura e l'abito del suo ufficio, dal punto di vista dell'interesse generale, non turbato da quelle ragioni di personale interesse o da quei motivi passionali, che possono non solo far velo alle parti, ma ben più suggerire maliziose od aberranti interpretazioni. Al giudice, che è più vicino alla mischia, può avvenire di lasciarsi involontariamente traviare o di perdere la esatta

percezione dei problemi e dei criterii di soluzione. La voce che gli viene da quel pubblico ufficio, dovrebbe snebbiargli la vista, se occorre, o dargli ala a sollevare la mente nelle sfere serene della più pura giustizia. Se in pratica poi questo avvenga, non è nostro compito indagarlo.

È estremamente controverso, se il pubblico ministero, quando interviene, possa fornire al giudice anche elementi di giudizio sul fatto, quando siano già in suo possesso per ragioni del suo ufficio.

Le disposizioni applicabili (che hanno sensibilmente modificato il regime del codice di procedura) si trovano principalmente nella legge sull'ordinamento giudiziario, r. d. 30 dicembre 1923 n. 2786, artt. 84 e seguenti, e in qualche legge speciale (controversie del lavoro ; privative industriali ecc.).

Avvertiamo, perchè non avremo occasione di tornare più ampiamente sul tema, che dove è prescritto l'intervento del pubblico ministero, è a pena di nullità (art. 361 n. 3 cod. proc. civ. e 84 della legge or citata, sebbene questa usi una espressione tecnicamente infelice ed oscura : « la trattazione (delle cause) non è legittima »).

CAPITOLO SECONDO

IL GIUDICE
ORGANI, UFFICI, POTERI E COMPETENZE

SOMMARIO: § 5. Autorità giudiziaria; organi, ufficii, soggetti ausiliari; attribuzioni e poteri. — § 6. Tipi di organi giudiziarii; estremi della loro legittima costituzione nell'esercizio delle loro funzioni. — § 7. La competenza; concetti e criterii generali. Statuizioni sulla competenza e regolamento di competenza. — § 8. Norme sulla competenza «per materia e valore». — § 9. Norme sulla competenza «per territorio». — § 10. Norme sulla competenza «per connessione e continenza di causa». — § 11. Competenze successive «per grado» e per altre vicende in uno stesso processo.

§ 5. — *Autorità giudiziaria; organi, uffici, soggetti ausiliarii; attribuzioni e poteri.*

GLI ORGANI dell'autorità giudiziaria o «giudici» (nel senso
165 in cui abbiamo usata la parola dalla parte generale, n. 86: v. sopra n. 156), chiamati ad esplicare le loro funzioni nei procedimenti civili di cognizione in generale, sono varii, con distribuzione e divisione di compiti e di attribuzioni. Ognuno di essi, poi, si compone, a sua volta, di elementi organizzati in uffici distinti, che talvolta concorrono o cooperano nell'esercizio di quelle funzioni; altre volte invece spiegano isolatamente l'uno dall'altro la loro attività per il compimento di singoli atti o lo svolgimento di singoli episodii.

Ora, volendo procedere per gradi, come qui ci proponiamo, allo studio particolareggiato del procedimento, bisogna che

cominciano col premettere qualche maggiore notizia su questi organi od uffici. Senza di ciò troppe cose, poi dopo, ci rimarrebbero oscure, come è naturale, da che essi vengono a costituire il soggetto dominante del processo.

« Autorità giudiziaria » è espressione che, nella legge e nella pratica, talvolta è usata ad esprimere tutto « il sistema » degli organi giudiziarii o giurisdizionali nel loro complesso o almeno « la generalità » degli organi. Così, per esempio, quando si contrappone l'autorità giudiziaria alla autorità amministrativa (es.: art. 5 della legge sui conflitti di attribuzioni 31 marzo '77 n. 3761, genericamente citato nella parte generale al n. 102). Altre volte la espressione è usata ad indicare la autorità giudiziaria ordinaria, in contrapposto alle giurisdizioni speciali (nel senso di cui nella parte generale al n. 88). Così, per esempio, nell'art. 544 cod. proc. civ. ultima parte, anche in relazione all'art. 3 n. 3 della legge del '77, dove si usa invece, nello stesso senso, la espressione « tribunali ordinarii ». Più spesso, infine, è usata nel senso di singolo organo (es. art. 134 n. 4 cod. proc. civ., là dove l'art. 133 n. 5 usa invece l'espressione « giudice »). Per parte nostra la useremo di preferenza (senza farcene un precetto di rigore), per indicare il sistema degli organi o gli organi in genere; mentre continueremo preferibilmente a parlare di organo (dell'autorità giudiziaria) o di « giudice », per alludere ad un organo singolo o alla serie degli organi, che sian chiamati a funzionare rispetto ad uno stesso processo.

Quanto agli elementi di ciascun organo, costituiti, come dicevamo, in uffici distinti, la legge non ha una terminologia ben caratterizzata. Anzi qualche volta sembra, che la legge consideri come organo (o nucleo dell'organo) quello che noi chiameremo l'ufficio giudicante, « presso » il quale, essa dice, vi sono poi dei funzionarii, investiti di mansioni o compiti distinti e particolari (cancellieri: art. 3 del t. u. sull'ordinamento giudiziario 30 dicembre '23 n. 2786) e al quale « sono addetti » altri funzionarii, investiti, a loro volta, di altre mansioni specifiche (ufficiali giudiziarii e uscieri: art. 4 del t. u. citato).

Per parte nostra preferiamo continuare a parlare di « uffici » pur riconoscendo che neanche questa terminologia è univoca. Ma non troviamo di meglio.

L'UFFICIO GIUDICANTE, nucleo di ciascun organo, è
166 quello al quale sono demandate le funzioni fondamentali del processo, e cioè quella di deliberare e decidere i provvedimenti « finali », nonchè i provvedimenti più importanti circa l'uso dei poteri « stromentali » (sui quali poteri v. già la parte generale, n. 85). Il che porta per conseguenza, che questo ufficio debba intervenire, attivamente o quanto meno in atteggiamento recettizio, in tutti gli atti che devono servire alla formazione della sua convinzione intorno al modo di provvedere.

Normalmente l'ufficio giudicante, in queste sue attività, è assistito dall'ufficio di cancelleria (cancelliere), con funzione ausiliaria di documentazione (cfr. art. 53 cod. proc. civ.). Talvolta la cancelleria serve anche come tramite o come meccanismo ausiliario per la recezione degli atti delle parti, destinati all'ufficio giudicante medesimo. Soltanto in certi particolari momenti del procedimento, l'ufficio giudicante opera da solo, senza la presenza del cancelliere, ma salvo valersene subito dopo per la documentazione successiva dei proprii atti (così avviene, per esempio, al momento della « deliberazione » sul contenuto delle sentenze, deliberazione che viene poi trasmessa al cancelliere per la formazione del documento scritto, « originale », della sentenza).

LA CANCELLERIA, in persona di singoli funzionarii, eser-
167 cita quelle funzioni ausiliarie alle quali abbiamo accennato, avvertendo, che alla documentazione, che essa formi, di atti dell'ufficio giudicante o di atti proprii o di atti delle parti verso di lei o presso di lei, essa stessa attribuisce la pubblica fede, nel senso e per gli effetti degli artt. 1315 e segg. cod. civ..

Come depositaria di atti, di documenti ecc. per gli effetti della loro comunicazione o trasmissione ad altri o per la conservazione di atti o provvedimenti di ufficio, ha pure caratteri e funzioni di depositario pubblico.

Alla cancelleria sono demandati in modo autonomo (cioè senza concorso di altri uffici) certi atti, che servono alla organizzazione e alla marcia, quasi diremmo meccanica, del processo: tenuta di registri, « iscrizione a ruolo » delle cause sui registri medesimi, formazione dei ruoli speciali delle udienze, pubblicazione delle sentenze ecc..

In dipendenza di queste sue funzioni e di questi suoi caratteri, può rilasciare copie di atti, di documenti, di provvedimenti a lei affidati, certificando con pubblica fede la conformità delle copie; può rilasciare certificafi sulle risultanze dei suoi registri e sulla esistenza di atti in sua custodia ecc. ecc..

Gli uscieri e gli ufficiali giudiziarii, « addetti », come
168 dice la legge, a ciascun organo giudiziario, hanno anch'essi funzioni ausiliarie degli altri uffici, per quel che riguarda la meccanica del processo (esempio: chiamata delle cause all'udienza, chiamata delle parti e dei testimonii a rispondere o deporre ecc.), ma queste di assai modica importanza.

Attribuzioni autonome di importanza fondamentale hanno, invece, per la formazione di certi atti del processo, che non si possono fare se non col loro ministero (a cominciare dalla citazione introduttiva), e per la notificazione, in forma solenne, di questi ed altri atti ai loro destinatarii.

Anch'essi attribuiscono la pubblica fede alla documentazione delle attività, che compiono in modo autonomo, e delle dichiarazioni, che vengano loro rese in questa occasione, o dei fatti od atti altrui, che si svolgano alla loro presenza; possono rilasciare copie, certificandone con pubblica fede la conformità; rilasciare attestazioni o certificazioni in proposito e ricavarle dai relativi registri o repertorii, che sono obbligati a tenere ecc. ecc..

I dettagli, che ci interessano circa le funzioni dei varii uffici, così genericamente accennate, li vedremo poi, strada facendo, nell'illustrare il processo, come si svolge. E ben altre manifestazioni, che qui non sarebbe il caso di ricordare, incontreremo poi nella « parte terza », che dedicheremo alla procedura di esecuzione forzata.

Di poteri pubblici, sovrani, è investito naturalmente
169 ciascun ufficio, per quanto occorra all'esercizio delle proprie funzioni o mansioni specifiche, ma non può esercitarli se non in questi limiti. Gli atti compiuti palesemente fuori dei limiti stessi sono assolutamente nulli; e, quando si tratti di abuso o di eccesso non formalmente apparente, ma rilevabile secondo lo spirito delle relative disposizioni, saranno quanto meno annullabili. Così è chiaro, che un ufficiale giudiziario o un cancelliere non possono deliberare una sentenza (e se si arrogassero di deliberarla, essa non avrebbe efficacia giuridica), ma è altrettanto vero che l'ufficio giudicante o la cancelleria non potrebbero formare, come atto proprio, un atto di citazione o provvedere ad una notificazione. Queste limitazioni sono determinate anche con criterii territoriali o con riferimento alla sede prescritta per l'esercizio della varie mansioni. Così, per esempio, nessun ufficiale giudiziario può fare notificazioni a proprio ministero (salve le disposizioni che vedremo sulle notificazioni per posta), fuori della circoscrizione dell'autorità giudiziaria (organo), di cui fa parte od alla quale è addetto. Quando la legge riserva all'ufficiale od agli ufficiali giudiziarii, addetti ad una certa autorità, di compiere certi atti o certe notificazioni, queste non possono esser validamente compiute da ufficiali addetti ad altra autorità (organo), nemmeno se la circoscrizione dell'una coincida con quella dell'altra o la comprenda. La cancelleria non può compiere, di regola, gli atti di sua spettanza, se non per i processi di cui è (o di cui sia stato) investito l'organo, di cui fa parte o presso il quale è costituita. Lo stesso ufficio giudicante non può esercitare i proprii poteri stromentali (come: sentire testimoni, procedere ad accessi giudiziali ecc.) fuori dei limiti della circoscrizione. Quando, per un processo di cui sia investita, abbia bisogno di atti da compiersi fuori dei limiti della circoscrizione medesima, può richiedere o delegare altre autorità, affinchè vi provvedano e poi trasmettano la relativa documentazione.

Se però questa specie di rogatoria o di delegazione specifica è ammessa per singoli atti, è esclusa invece per

l'esercizio generale delle proprie attribuzioni (art. 68 cod. proc. civ.).

A proposito di questi limiti relativi ai singoli atti, la pratica, sul cattivo esempio della legge, parla spesso di « competenza » o di « incompetenza » dei singoli uffici a darvi esecuzione od a concorrervi. Però questa terminologia ci sembra pericolosa, perchè sembra che ponga questi limiti sullo stesso piano di quelli, secondo i quali devono essere distribuite le cause fra i varii organi (autorità giudiziarie) per la loro trattazione e decisione (limiti e norme di competenza in senso proprio, delle quali passeremo ad occuparci fra un momento). Ora questo non è esatto, perchè l'esorbitare dai limiti dei poteri e delle attribuzioni, di cui abbiamo parlato rispetto ai singoli atti, porta alla nullità degli atti medesimi, mentre la incompetenza dell'organo rispetto ad una determinata causa, porta soltanto ad una specie di improcedibilità del relativo processo (nel senso che pure vedremo) e non già alla nullità, in senso proprio, dei singoli atti, che è cosa ben diversa.

SOGGETTI AUSILIARII, estranei ai quadri organici della
170 autorità giudiziaria, possono occasionalmente esser investiti di singole mansioni od attribuzioni, per il compimento di determinate attività ai fini del procedimento. Ciò avviene in modo più saliente nei procedimenti esecutivi e in quello fallimentare (e basterebbe ricordare la figura del curatore del fallimento). Ma qualche esempio non manca neppure nel procedimento di cognizione (es. art. 887 e segg. cod. prov. civ.). L'ausiliario di giustizia acquista, in questo caso, la veste di soggetto temporaneamente investito di pubbliche funzioni, coi doveri pubblici corrispondenti e, qualche volta, anche con una (modica) investitura di poteri, e deve esser considerato di regola (nell'adempimento di quelle funzioni) come ufficiale pubblico, per lo meno agli effetti delle disposizioni del codice penale.

Come ausiliarii in questo senso, qualcuno tende a considerare anche i periti e perfino i testimoni. Qui è questione di intendersi. I testimoni devono bensì deporre in giudizio

nell'adempimento di un dovere pubblico ai fini di giustizia, ma non concorrono in realtà ad amministrare attivamente la giustizia. Altro è l'essere investito infatti di una funzione attiva da esercitare, altro è l'essere tenuto soltanto a porre a disposizione di chi sia investito di funzioni attive, i materiali grezzi utilizzabili come materia prima (e di quest'ordine possono essere anche le notizie che può fornire il testimone). Elementi di funzione (ausiliaria) attiva presenta o comprende invece il compito del perito, secondo i concetti che esporremo a suo tempo. Però neppure al perito vengono delegati dei poteri pubblici di carattere stromentale, per l'adempimento del suo compito. Purchè si abbiano presenti, per la sostanza, queste avvertenze, chiamare ausiliarii i periti o magari i testimoni, diventa questione di terminologia, di scarsa importanza pratica e sistematica.

§ 6. — *Tipi di organi giudiziarii ; estremi della loro legittima costituzione nell'esercizio delle loro funzioni.*

DI VARIO TIPO e numerosi sono naturalmente gli organi
171 dell'autorità giudiziaria.

Ciascuno ha una propria sede fissa nel territorio del Regno (con proprii locali, arredi ecc.) ed intorno a ciascuno è tracciata una circoscrizione. Questi dati di carattere territoriale servono a determinare condizioni e limiti di esercizio dei poteri dei singoli ufficii, di cui abbiamo parlato sopra, e nello stesso tempo anche a determinare (secondo le regole che vedremo) la competenza dell'organo, rispetto alle cause di cui possa esser chiamato ad occuparsi. Soltanto la corte di cassazione è unica per tutto il Regno.

I tipi di organi che possono entrare in attività nei procedimenti civili di cognizione (escluse le giurisdizioni speciali) sono : gli uffici di conciliazione, le preture, i tribunali, le corti di appello, la corte di cassazione.

Molte disposizioni del codice parlano ancora di tribunali di commercio. Questi però sono stati da tempo aboliti (l. 25 gennaio 1888 n. 5174), devolvendo le loro attribuzioni

all'autorità giudiziaria ordinaria. Senonchè, con un ispirazione più timida che felice, la riforma fu fatta a mezzo; e si sono mantenute in vigore — rendendole applicabili ai tribunali ordinarii — le disposizioni speciali di procedura, precedentemente applicabili davanti ai tribunali aboliti. Per questo, esse non sono ancora oggi scomparse.

I varii tipi di organi si distinguono sopratutto per la diversa composizione dell'ufficio giudicante e per il modo di scelta e di assegnazione dei funzionarii destinati ai suoi varii uffici (impiegati o meno dello Stato; impiegati di diverse carriere e di diverso grado).

Alcuni uffici giudicanti funzionano mediante un giudice singolo (conciliazione, pretura), altri mediante un collegio, che è di tre membri per i tribunali, di cinque per le corti di appello, sette per la cassazione (e quindici quando questa giudica a « sezioni riunite »). Questo non vuol dire, che all'ufficio giudicante di ciascun organo sia assegnato, per il suo servizio, soltanto un funzionario o glie ne siano assegnati rispettivamente soltanto tre, cinque, sette ecc.. Vuol dire, che al momento in cui delibera in ciascun singolo caso, l'ufficio deve esser composto di uno, di tre, di cinque ecc.. Ma all'ufficio possono essere assegnati dei funzionarii in numero anche molto maggiore, che si alterneranno nell'esercitare l'ufficio o che lo eserciteranno anche simultaneamente nelle diverse procedure in corso. Anzi, dove l'organo, per la estensione della sua competenza, venga ad avere un forte carico di lavoro, vengono costituite normalmente delle « sezioni », appunto per consentire il funzionamento simultaneo dell'ufficio in più incarnazioni (se è lecita questa immagine). In questo caso anche i servizii di cancelleria, quelli meramente ausiliarii degli ufficiali giudiziarii e tutti i servizii accessorii (locali ecc.) vengono organizzati in modo, che ciascuna sezione abbia i mezzi necessarii per il proprio funzionamento; e si istituisce un meccanismo interno per la distribuzione del lavoro, senza che ci sia però una discriminazione, per così dire, esterna, di competenza fra sezioni diverse.

Ogni organo ha un proprio capo (presidente o titolare-capo),

che presiede più specialmente l'ufficio giudicante, ma che ha nello stesso tempo la vigilanza, la direzione amministrativa e la sorveglianza agli effetti disciplinari, anche degli altri uffici, cioè della cancelleria, degli ufficiali giudiziarii e dei servizii minori di carattere materiale (manutenzione ecc.). Dove ci sono più sezioni, ogni sezione ha a sua volta un capo per la direzione e la vigilanza dei lavori della sezione e dei servizii che le sono destinati, subordinatamente sempre al capo dell'organo.

Tutto il lato di organizzazione amministrativa e disciplinare, qui non ci riguarda: è materia di ordinamento giudiziario (amministrativo) più che di diritto processuale (in questo senso, v. già la parte generale, n. 34). Bisognava tuttavia fare questo accenno ai capi, perchè nello svolgimento dei processi civili ordinarii di cognizione (e ancor più in quelli speciali), il capo dell'organo o, in sua vece, quelli delle sezioni, hanno delle attribuzioni autonome, che esercitano da soli, ed in ragione della carica o della funzione. Ciò acquista anche maggiore rilievo nei procedimenti davanti ai tribunali e alle corti, dove le mansioni dell'ufficio giudicante vengono ad essere in qualche modo ripartite, secondo la natura dei provvedimenti o delle disposizioni da dare, fra il capo (che si chiama « presidente ») ed il collegio.

Dove l'ufficio giudicante funziona collegialmente, la legge dispone od ammette finalmente, che certe attribuzioni possano esser demandate, caso per caso, a singoli componenti dell'ufficio, e allora questi prendono nome e veste di giudici (o consiglieri) « delegati ».

Tutto questo implica, che là dove, fino ad ora, abbiamo parlato del giudice come soggetto del processo, deve intendersi, che il giudice può esser concretamente impersonato in ciascun singolo momento, secondo le contingenze processuali, nell'ufficio giudicante, così e come composto per ciascun processo (e assistito in quanto occorra da altri uffici), oppure nel capo o nel titolare dell'organo, oppure nel capo della sezione o nel giudice o nel consigliere delegato, quando ciascuno di questi opera in questa qualità. Nè si può esclu-

dere che rispetto a singoli atti, funzioni, come esponente dell'organo stesso nel suo complesso, la cancelleria o magari l'ufficiale giudiziario.

NUMEROSI SONO GLI ORGANI giudiziarii di ciascun tipo, ma
172 tutti insediati, come dicevamo in sedi fisse, e col criterio che le relative circoscrizioni coprano e ripartiscano, nel loro complesso, tutto il territorio del Regno.

Più numerosi di tutti sono gli uffici di conciliazione, uno per ogni comune. La loro circoscrizione coincide con quella amministrativa. Progressivamente, in numero sempre minore: le preture, la cui circoscrizione si chiama «mandamento» e comprende di solito più circoscrizioni di conciliatori; i tribunali, la cui circoscrizione si chiama «circondario» e comprende di solito più mandamenti; le corti di appello, la cui circoscrizione si chiama «distretto» e comprende più circondarii. In qualche caso si è distaccata, per ragioni di opportunità locale, una sezione di corte di appello in sede diversa da quella dell'organo di cui fa parte, e allora alla sezione si è assegnata una sua circoscrizione territoriale come frazione del distretto. La corte di cassazione, essendo unica per tutto il Regno, non ha una propria circoscrizione particolare.

PRESUPPOSTO della esistenza o della validità dei sin-
173 goli atti demandati ad uffici od organi giudiziarii, è naturalmente questo: che l'ufficio o l'organo esista come tale, e sia effettivamente investito delle pubbliche funzioni e dei poteri necessarii. La stessa istituzione o costituzione del procedimento sarebbe giuridicamente inefficace, se avvenisse davanti ad un supposto organo dell'autorità giudiziaria, che tale non sia. Un falso giudice non può dare una vera sentenza: la sentenza di Porzia nel «Mercante di Venezia» (per ricordare un esempio famoso) non è una sentenza, appunto perchè Porzia non è un giudice.

Però, dei semplici vizii nella composizione di un singolo ufficio al momento dell'esercizio delle sue funzioni, in relazione a disposizioni contingenti e non istituzionali ed organiche (per esempio il fatto che alla deliberazione

di un collegio giudicante partecipi un giudice meno anziano, là dove avrebbe dovuto parteciparvi il più anziano) può dar luogo ad una nullità sanabile, anzichè alla inesistenza dell'atto (così, per es., la circostanza or accennata del giudice meno anziano sarà rilevabile in via di impugnativa, ma se non sia rilevata, cessa di avere conseguenze).

Tutte le parti di un processo, che abbiano interesse alla esistenza e validità dei singoli atti, possono sempre rilevare gli eventuali vizii di costituzione e composizione dell'ufficio.

Per salvaguardare le garanzie fondamentali della imparzialità del giudice e in genere del corretto funzionamento degli uffici giudiziarii, la legge ammette inoltre le parti stesse a rilevare preventivamente certe «incompatibilità» di singoli funzionarii a far parte di un ufficio, che debba provvedere ad esplicare comunque attività processuali nei loro riguardi. Si ha allora il fenomeno della «ricusazione», regolato principalmente, per quanto agli ufficii giudicanti, negli artt. 116 e seguenti cod. prov. civ., ai quali rinviamo, date anche le scarsissime occasioni di applicazione, che essi trovano in pratica. Se la ricusazione non sia proposta intempo utile e nei modi di legge, la vera o pretesa incompatibilità cessa di avere conseguenze (salvo sempre il caso, che il funzionario creda di astenersi spontaneamente: art. 119).

Neppure queste prescrizioni sulla costituzione e composizione degli uffici, non ostante la infelice collocazione data agli artt. 116 e segg. nel cod. proc. civ., possono confondersi col tema della «competenza» degli organi giudiziarii (cfr. sopra anche il n. 169, in fine). Del quale tema dovremo fare adesso una più ampia ed apposita trattazione.

§ 7. — *La competenza; concetti e criterii generali. Statuizioni sulla competenza e regolamento di competenza.*

«COMPETENZA» è termine di uso corrente; ed anche nel
174 linguaggio empirico esprime l'idea, che ad un certo soggetto od ufficio «spetti» o possa spettare un certo compito, per il quale esso è riconosciuto o designato come idoneo.

Con un significato analogo, il termine è stato genericamente ricevuto anche nel linguaggio giuridico, quando la designazione o l'assegnazione di un certo organo ad un certo compito, discende dalla legge.

Più specialmente, e con qualche maggiore rigore tecnico, il termine è usato nella nostra materia per esprimere (in senso oggettivo) la sfera o l'ambito delle materie, su cui spetta a ciascun singolo organo giurisdizionale di provvedere attraverso un procedimento giudiziario; e (in senso soggettivo) la idoneità specifica, riconosciuta od attribuita a ciascun organo, di provvedere su tutte quelle materie, che (oggettivamente) rientrino in quella sua sfera o in quel suo ambito.

Naturalmente la competenza è ripartita e distribuita in modo, che ogni materia trovi il suo giudice (almeno uno, se pur non siano più, fra i quali sia dato di scegliere). Se per una certa materia non si trovi alcun giudice competente, questo vuol dire che essa non può esser materia di provvedimenti giudiziarii, e allora si suol parlare di « incompetenza assoluta » o meglio di « difetto di giurisdizione della autorità giudiziaria » (in tutto quanto il suo complesso).

Ciò premesso, una prima discriminazione che convien ricordare in tema di competenza, è quella fra materie riservate a giurisdizioni speciali e materie devolute agli organi dell'autorità giudiziaria ordinaria (distinzione, sulla quale v., nella parte generale, nn. 88, 95 e 98 e segg.). Per le materie riservate a giurisdizioni speciali, si suol parlare di « incompetenza assoluta della autorità giudiziaria ordinaria » (cfr. sopra il n. 165). Per parte nostra non entreremo nei dettagli di questa discriminazione, avendo esclusa dalla nostra trattazione tutta la materia propria delle giurisdizioni speciali, regolata a sua volta da singole leggi speciali. Ci basterà ricordare, che la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria si determina per esclusione (considerandola come regola di fronte alle eccezioni) e che per conseguenza, quando sorga materia per una azione od una istanza giudiziaria, la prima cosa che bisognerà domandarsi, è: se esista una qualche legge speciale, che la sottragga alla autorità giudiziaria ordinaria. Quando si sia risolto negativamente questo primo problema, sorgerà l'altro di determinare, quale dei tanti organi dell'autorità giudiziaria ordinaria, sia competente. E qui entriamo o rientriamo nel campo proprio della nostra trattazione, per lo meno per ciò che concerne le materie, che possono esser oggetto di procedimenti ordinarii di cognizione (escludendo cioè la materia penale e le materie di giurisdizione volontaria, nonchè qualche modificazione delle regole di competenza in materia di procedimenti speciali davanti alla stessa autorità giudiziaria ordinaria: v. parte generale, nn. 95, 96 e seguenti).

Nella parte speciale che seguirà da ultimo, sulla esecuzione per spropriazione, daremo poi le regole che si applicano in quel campo.

175 La posizione pratica del problema della competenza in concreto, viene in considerazione per le parti prima ancora che per il giudice.

Sappiamo infatti, che chi promuove il procedimento, per definizione è l'attore (il quale deve chiamare a questo effetto il convenuto davanti al giudice). Ora è l'attore stesso, che inizialmente deve aver cura di promuoverlo davanti al giudice competente, e per conseguenza deve saperlo scegliere o determinare. Ciò risulta dall'art. 35 cod. proc. civ., infinite volte citato: « Chi vuol far valere un « diritto in giudizio deve proporre la domanda davanti al « giudice competente ». Nelle fasi successive poi, quando si tratti per esempio di impugnare delle sentenze già pronunciate, spetterà di regola alla parte che promuove queste fasi ulteriori (e che può anche essere il convenuto originario), scegliere bene l'organo a cui rivolgersi.

Il fatto che il processo sia promosso davanti ad una autorità giudiziaria incompetente, non impedisce che questo sorga e prenda vita. In questo senso, la competenza dell'organo prescelto non è un presupposto del processo come fenomeno giuridico. Anzi, non solo il processo prende vita egualmente, ma può, anzi deve, avere il suo corso e mettere capo ad un provvedimento del giudice. Però, se il giudice

si avveda, che sono portate alla sua cognizione delle materie rispetto alle quali è incompetente (e se la sua incompetenza originaria non sia stata sanata, come talvolta può avvenire), dovrà declinare di provvedere sul merito, decidendo e pronunciando di non poter decidere (n. 152). La competenza appare dunque piuttosto come un estremo od un requisito della istanza, all'effetto di ottenere una pronuncia in ordine a quella che chiameremo d'ora innanzi la « materia del contendere » (nel merito). Infatti, se il giudice adito — che sia effettivamente incompetente — pronunci dichiarando la propria incompetenza, questa è una sentenza perfettamente efficace e valida. Non possiamo dire dunque, che il processo come tale fosse nullo, se può metter capo, almeno in questo senso, ad una sentenza valida. Non solo. Ma se il giudice non si avveda della propria incompetenza e pronunci nel merito, la sua sentenza sarà bensì impugnabile coi mezzi di impugnativa ammessi dalla legge, ma se questi non siano tempestivamente proposti o fatti valere, quella sentenza acquisterà piena e definitiva efficacia, anche per il merito.

Converrà poi distinguere la competenza, per così dire, basilare rispetto alla materia del contendere, cioè quella per cui si determina quale sia il giudice davanti al quale si debba o si possa istituire originariamente il processo (al fine di ottenere una sentenza nel merito), dalla competenza in ordine ad eventuali fasi ulteriori, per le quali possa passare il processo, a seguito della proposizione di mezzi di impugnativa o a seguito di altre vicende processuali.

Le regole relative a queste fasi ulteriori, si fondano piuttosto, come vedremo, su di un rapporto di relazione fra gli organi chiamati ad entrare successivamente in attività e quello precedentemente investito. Naturalmente però, anche quando queste regole (ulteriori) siano state esattamente applicate, l'incompetenza basilare del primo giudice si ripercuote o riflette in una incompetenza consequenziale degli altri.

In ogni modo, posta questa distinzione, cominciamo dalle norme di competenza originaria e poi parleremo delle norme di competenza successiva.

176 Le norme applicabili per la determinazione della competenza originaria, sono fondamentalmente di due ordini: « per materia e valore » (primo ordine) e « per territorio » (secondo ordine).

In base alle norme per materia e valore si determinerà davanti quale tipo di organo (nel senso di cui sopra al n. 171) si debba istituire un processo, all'effetto di avere una decisione sul merito della domanda. In base alle norme per territorio si sceglierà, fra i numerosi organi di ciascun tipo (tutti a sede fissa: v. sopra il n. 172), a quale di essi (e cioè in che sede o luogo) si debba istituire il processo medesimo. E solo dal concorso incrociato di questi due ordini di norme ben distinte, si arriverà dunque ad individuare in concreto l'organo competente.

C'è poi nella legge un terzo gruppo di norme, che si chiama di « competenza per continenza o connessione di causa ». Questo comprende alcune disposizioni dirette ad evitare, che per una stessa causa possano aver corso più processi distinti, nel caso in cui, secondo le norme precedenti, più organi risultino (come qualche volta avviene) egualmente competenti. Comprende poi una serie di altre disposizioni, che derogano alle norme ordinarie di competenza, per il caso in cui più cause siano connesse fra di loro, e ciò all'effetto di renderne possibile (e fino ad un certo segno anzi necessaria) la riunione in uno stesso processo.

Di questo terzo gruppo dovremo parlare a parte, dopo aver esaminati i due ordini di norme fondamentali (ordinarie).

Avvertiamo intanto, come al rispetto effettivo e puntuale delle sue varie discipline, la legge ammetta una ben diversa importanza, il che si rivela sopratutto nella loro rispettiva derogabilità o inderogabilità.

177 La inderogabilità (e cioè il massimo rigore circa il loro rispetto) domina rispetto alle norme per materia e valore. La legge esclude infatti, che le parti possano volontariamente derogarvi, sia pure di accordo fra di loro, con pattuizioni stragiudiziali oppure col fatto proprio, durante

il processo. Il giudice può rilevare, anche d'ufficio, la propria incompetenza « in ogni stato e grado della causa ». Il che significa, che può, anzi deve, rilevarla non soltanto l'organo originariamente adito, ma anche qualsiasi altro, a cui il processo sia successivamente portato in via di impugnativa delle sentenze, nel qual caso il giudice della impugnativa deve dichiarare non tanto la incompetenza propria, quanto quella dei giudici precedenti, togliendo efficacia alle sentenze precedentemente pronunciate e che si fossero occupate del merito. La incompetenza stessa può essere sollevata, a questo effetto, dalle parti come motivo di impugnativa, anche se non proposta nelle fasi precedenti. Può essere sollevata indifferentemente, non solo dalle parti convenute, chiamate in causa od intervenute, ma anche dallo stesso attore. Le parti non possono rinunciare efficacemente alla eccezione di incompetenza una volta proposta, perchè, anche se vi rinuncino, ciò non toglie che il giudice possa rilevarla d'ufficio.

Tale era per lo meno il regime del codice di procedura. E lo si spiegava e lo si spiega avvertendo, che il legislatore ha assegnata una diversa composizione di varii tipi di organi e ha date anche (come vedremo) delle diverse discipline sulle forme del procedimento davanti a ciascuno. Ora assegnando agli organi di ciascun tipo una zona od uno strato di competenza (per materia e valore), evidentemente ha ritenuto, che per la loro composizione e per le norme di procedimento applicabili, essi fossero i più idonei a rendere giustizia in quello strato, con sufficienti garanzie della bontà dei risultati, conservando d'altro canto una ragionevole proporzione fra la natura e la importanza della materia del contendere e la maggiore o minore celerità, la maggiore o la minore pesantezza delle forme, e quindi in conclusione fra la natura e l'importanza della contesa da un lato e l'impiego di tempo e di spese dall'altro lato. Onde, un pubblico interesse alla osservanza di queste norme.

Qualche apparente temperamento a questo rigore, introdotto con leggi successive al codice di procedura civile

(legge 15 settembre 1922, n. 1287, art. 3), si risolve in realtà in una deroga alle norme sui gradi successivi di giurisdizione, anzichè alle norme di competenza originaria (basilare) per materia e valore. Ne risulta infatti, che se una causa di competenza del conciliatore venga promossa davanti al pretore o una causa di competenza del pretore davanti al tribunale, e il convenuto non eccepisca la incompetenza nei primi atti della causa, il pretore o il tribunale devono pronunciare in merito (anzichè rilevare di ufficio la propria incompetenza). Però la sentenza di merito non è più appellabile. Il che in sostanza viene a significare, che le parti, con questo loro rispettivo contegno (l'attore agendo davanti al giudice superiore e il convenuto non eccependo l'incompetenza), si precludono l'appello, e il giudice adito pronuncia una sentenza equiparata a una sentenza d'appello (senza che vi sia stato il grado di giudizio precedente). Con che evidentemente si ritiene, che si raggiungano in un solo grado garanzie sufficienti di giustizia.

178 La derogabilità domina invece, almeno di solito, nel regime della competenza per territorio. In questo ordine, le norme di legge sulla designazione dell'organo competente, assumono di regola (e salve le eccezioni che vedremo) carattere meramente dispositivo, anzichè imperativo. Questo vuol dire, che le parti possono derogarvi con atti della propria volontà, prima e fuori del processo o anche in corso del processo medesimo. Nel che deve vedersi, secondo quanto abbiamo detto a suo tempo, un atto dispositivo delle parti circa le modalità di esercizio dell'azione (cfr. parte generale, n. 72).

L'atto di volontà diretto a derogare alle norme ordinarie di competenza per territorio, è di solito la « elezione di domicilio » per certi affari od atti in generale oppure (in modo specifico) per l'esercizio di determinate azioni. Quando una parte abbia eletto domicilio in un determinato luogo, l'altra (per tutte le azioni vere o pretese nascenti da quell'affare o da quell'atto oppure per l'azione specificatamente contemplata nell'elezione), può promuovere il procedimento,

a sua scelta, o davanti alla autorità designata come competente dalla legge o davanti a quella del luogo del domicilio eletto (cioè quella competente per materia e valore, nella cui circoscrizione si trovi il luogo del domicilio eletto). Così risulta dagli artt. 19 cod. civ. e 40 cod. proc. civ..

Ma la pratica, muovendo da questa generica derogabilità, che già risulta dalle disposizioni or ricordate, è arrivata a costruire ed usare largamente anche di una figura di negozio con effetti più gravi, e che potremmo chiamare di elezione di domicilio convenzionale o bilaterale, con cui le parti designano come esclusivamente competente per le azioni nascenti da determinati atti od affari o per azioni singolarmente individuate, la autorità giudiziaria di un determinato luogo. In questo caso si ritiene, che non vi sia più possibilità di scelta per chi si fa attore, ma che egli debba istituire il procedimento davanti all'autorità del luogo convenzionalmente designato, cosicchè, se lo istituisca davanti ad altre autorità, si possa davanti a queste proporre la eccezione di incompetenza per territorio (eccezione, che si fonda dunque, in questa ipotesi, sulle disposizioni del contratto, anzichè su quelle della legge).

La derogabilità delle norme di competenza per territorio trova infine una espressione di altro genere nella disposizione, secondo la quale la incompetenza per territorio non può esser rilevata di ufficio, ma può esser sollevata soltanto dal convenuto e prima di ogni altra istanza o difesa (art. 187 capov. cod. proc. civ.). Non sollevata in tempo utile, essa resta preclusa e la autorità giudiziaria che sarebbe stata incompetente, può ormai conoscere del merito, come se fosse stata competente fin dall'origine. L'eccezione, una volta sollevata in tempo utile, se non sia accolta dal primo giudice può esser proposta come motivo di impugnativa della sentenza, ma sempre e soltanto dal convenuto. Ed altrimenti resta preclusa. Essa è rinunciabile infine in ogni tempo, anche dopo sollevata. Ed è rinunciabile anche con atto stragiudiziale.

Tra la rinuncia e la preclusione pura e semplice, vi è questa differenza: che la rinuncia è atto di volontà (negozio), mentre la preclusione discende dal mero fatto che non sia stata proposta o « coltivata l'eccezione, comunque questo fatto si sia verificato (anche per semplice omissione materiale, per ignoranza, per errore ecc.), senza che sia ammessa in proposito alcuna indagine di volontà.

Questo è per lo meno il regime ordinario o normale della competenza o incompetenza territoriale. Non si può escludere tuttavia, che la legge eccezionalmente annetta, anche alla osservanza delle norme legali di competenza territoriale, un interesse di carattere pubblico. E allora si dovranno applicare, anche per la competenza territoriale, le stesse regole accennate più sopra in tema di competenza per materia e valore (possibilità di sollevare la incompetenza in ogni stato e grado e anche d'ufficio ecc.). In questo senso (ma per comodità degli uffici e non a fini di giustizia), sono dichiarate inderogabili le norme di competenza introdotte per le amministrazioni dello stato (v. più oltre il n. 185 e l'art. 9 della legge ivi citata). È discusso, se ci siano altri casi eccezionali di questo genere, nel campo del procedimento ordinario di cognizione, e quali siano. Non ci sono disposizioni espresse, in questo senso: bisognerebbe indurlo dalla ragione della legge. Per parte nostra incliniamo in massima ad escludere che altri casi ci siano, per quel che riguarda la costituzione iniziale od originaria del procedimento, mentre ve ne sono certamente per quel che riguarda le impugnative (e certamente poi ve ne sono in materia di procedimenti speciali, di funzioni esecutive, di fallimento ecc). Un dubbio ha ragion d'essere per le azioni possessorie, di denuncia di nuova opera e danno temuto (di cui al n. 97 in fine; v. più oltre il n. 180 e 185).

179 La sentenza con cui un singolo giudice (organo giurisdizionale) dichiara la propria competenza o incompetenzai di regola non ha autorità di cosa giudicata ai sensi degl, artt. 1350 n. 3 e 1351 cod. civ. (e con tutte le conseguenze già illustrate nella parte generale, n. 77 e segg.), perchè queste disposizioni riguardano soltanto i giudicati di merito.

In materia di competenza si suol dire infatti, che ogni

giudice è giudice soltanto della propria competenza (e non di quella di altri organi), cosicchè esso stesso resta vincolato dalla sentenza, con cui dichiari la propria competenza od incompetenza, ma non vincola con questo gli altri giudici, cosicchè, se la stessa domanda venga riproposta davanti ad altri, questi restano tuttavia liberi di ritenersi competenti od incompetenti, secondo la propria convinzione, anche in contraddizione (pratica o teorica) con la sentenza precedente.

Questo, in linea di principio, è vero. Però la legge si è preoccupata di introdurre dei temperamenti e dei rimedii (più o meno efficaci) agli inconvenienti, che possono nascere dalla applicazione del principio.

Il primo temperamento è questo: che quando si discuta della competenza del giudice adito e la questione, attraverso i mezzi di impugnativa, sia portata fino alla corte di cassazione, questa o riconosce la competenza basilare del giudice originariamente adito (e non se ne può più discutere) oppure, se creda di doverla escludere, « statuisce sulla competenza », designando il giudice competente. Questa statuizione è vincolante per tutti (arg. dall'art. 544 cod. proc. civ.).

Altri temperamenti poi vi sono, per il caso in cui una stessa domanda sia stata contemporaneamente o successivamente proposta davanti a giudici diversi, promuovendo altrettanti processi. Naturalmente ciò può sempre avvenire, perchè chi promuove il processo è l'attore; e il fatto che l'abbia promosso, proponendo una certa domanda davanti ad un certo giudice, meccanicamente non impedisce, che egli la riproponga prima o poi davanti ad un altro giudice, con che fa nascere un altro processo per lo stesso oggetto.

Può essere che tanto l'uno come l'altro dei giudici aditi siano egualmente competenti e la loro competenza non sia contestata, e in questo caso per impedire che decidano ambedue della stessa domanda, si applicheranno le regole sulla continenza di causa (regole della prevenzione), di cui ci siamo riservati di parlare più avanti (v. più oltre il

§ 10, nn. 186 e segg.). Ma può anche essere che si contenda se competente sia l'uno o sia l'altro (nel senso che uno escluda l'altro). Ora siccome ognuno è giudice della propria competenza, ne può seguire che l'uno e l'altro si dichiarino esclusivamente competenti o che si dichiarino viceversa ambedue incompetenti, ciascuno ritenendo che competente sia quell'altro. In questi ultimi casi probabilmente uno dei due si sbaglia (se pur non si sbagliano tutti due); ma chi dice che il giudice non possa sbagliarsi? E allora — dato che ce ne deve pur essere uno che decida il merito — mentre d'altro canto è incongruo che decidano in due, come si esce da questa difficoltà o come la si può prevenire?

Qui i casi ancora una volta sono due: o avverrà che uno dei procedimenti sia portato in via di impugnativa fino alla cassazione, e allora questa scioglierà il nodo per tutti, statuendo sulla competenza, come si è detto sopra. Oppure ciascuna delle parti, prima di arrivare fino alla cassazione, per la trafila ordinaria, può chiedere, in corso di procedimento, che la difficoltà sia risolta preventivamente con un procedimento incidentale speciale, che la legge chiama del « regolamento di competenza ».

Il procedimento si riduce ad un ricorso scritto proposto alla autorità giudiziaria « immediatamente superiore » ai due giudici, della cui competenza si contende, cioè alla autorità giudiziaria dentro alla cui circoscrizione abbiano sede ambedue quei giudici. Questa, sull'esame del ricorso e dell'eventuale controricorso delle altre parti, statuisce sulla competenza. Le forme relative sono disciplinate dagli artt. 108 e segg. cod. proc. civ., ai quali crediamo di rinviare.

Però, se l'autorità giudiziaria a cui va chiesto il regolamento, secondo la disposizione or ora accennata, si trovi ad essere senz'altro la corte di cassazione (ciò che avverrà tutte le volte che si tratti di giudici aventi sede in distretti diversi), questa statuirà sulla competenza con effetto vincolante per tutti e la questione è finita. Se viceversa si trovi ad essere una corte di appello, un tribunale o magari un pretore, la sentenza sul regolamento può essere impugnata

per cassazione, e allora anche in questo caso sarà la corte di cassazione che deciderà definitivamente, ma dopo che s'è perso tempo e spese in un grado intermedio. Ciò rende evidentemente così lenta e pesante la procedura di regolamento, da toglierle ogni pregio.

La procedura speciale di regolamento riesce preclusa per assorbimento, quando l'autorità competente a provvedere sul regolamento sia la stessa a cui va portato anche l'appello nei modi ordinarii, e questa si sia già pronunciata in grado di appello, decidendo anche del merito (art. 109 u. c.).

Continua viceversa ad essere applicabile la procedura di regolamento, quando i processi iniziati davanti a giudici diversi abbiano dato luogo l'uno e l'altro a sentenze irrevocabili (e cioè non più impugnabili nei modi ordinarii per decorso di termini o per altre ragioni), con cui ambedue si siano dichiarati competenti o incompetenti. In questo caso la istanza per il regolamento funziona come un mezzo di impugnativa di carattere straordinarissimo e multiplo (cioè relativo a più sentenze nello stesso tempo), che subentra (... per disperazione) alle impugnative non più proponibili nei modi normali (art. 115 cod. proc. civ.).

Altre applicazioni del « regolamento di competenza » le rivedremo poi anche più avanti, a proposito di continenza e di connessione delle cause (nn. 186 e 188, in fine).

Tutto ciò premesso, veniamo ad esporre per ordine le regole, con cui si determina (o si dovrebbe determinare) la competenza.

§ 8. — *Norme sulla competenza per « materia e valore ».*

PER MATERIA E VALORE possono essere inizialmente
180 competenti (cioè competenti per la costituzione originaria del processo in primo grado) gli uffici di conciliazione (o, come dice la legge, i conciliatori), le preture (o, come dice la legge, i pretori), e i tribunali. Soltanto per la delibazione delle sentenze e di altri provvedimenti di autorità giudiziarie

straniere, competenti (come giudici inappellabili) sono in ogni caso le corti di appello, anche per il lato di giurisdizione contenziosa che puòi implicare questo giudizio (parte generale, n. 139). Altri casi di competenza diretta delle corti di appello, di cui si suole parlare, appartengono, secondo noi, esclusivamente alla giurisdizione volontaria. Non è mai giudice di primo grado la corte di cassazione, se non forse in qualche singolarissimo caso di procedimento speciale, che esorbita comunque dalla nostra trattazione.

Ai conciliatori sono devolute per la decisione (e salve le attribuzioni di conciliazione, di cui nella parte generale n. 120 e 138), le cause di minore importanza (« bagatellari » come le chiamano altre legislazioni).

Sono escluse infatti dalla loro competenza tutte le azioni reali e possessorie e, in genere, tutte le cause in cui (anche in dipendenza di eccezioni del convenuto) si faccia questione di proprietà o di possesso. Escluse, in massima, anche le azioni personali immobiliari, salva però una deroga che ora vedremo, e che praticamente ... mangia la regola.

Per le altre azioni (personali mobiliari, compresa quella per danni ad immobili, quando non si faccia questione di proprietà o di possesso) la loro competenza è limitata alle cause di valore non superiore alle quattrocento lire (legge 15 settembre 1922 n. 1287 in relazione alle precedenti 16 giugno 1892 e 28 luglio 1895, che già avevano modificato su questo punto il cod. proc. civ.).

Una improvvisa espansione a questa modica competenza ha apportata il recente decreto 7 agosto 1936 n. 1531 (dedicato principalmente ai procedimenti di ingiunzione), attribuendo al conciliatore « tutte le controversie relative ai contratti di locazione e alla loro esecuzione » (che sorgeranno di solito da azioni personali bensì, ma immobiliari) « quando il valore non superi le lire mille » (art. 44, salve le disposizioni sul procedimento speciale dell'art. 43).

Sono escluse dalla competenza dei conciliatori quelle azioni, che sono escluse, come vedremo, anche dalla competenza dei pretori. Escluse, le controversie individuali del lavoro.

Sono di regola di competenza delle preture tutte le azioni e quindi le cause, che non siano di competenza dei conciliatori, il cui valore non superi le cinquemila lire (legge 15 settembre 1922 citata sopra, art. 1), con le modificazioni che seguono.

« Per le controversie relative ai contratti di locazione e alla loro esecuzione », il limite di valore è stato portato a diecimila lire (decreto 7 agosto 1936 citato sopra, articolo 44). Però quando si tratti di sfratto per finita locazione, anche se chiesto nelle forme del procedimento ordinario, e non vi sia controversia sulla continuazione del contratto, il pretore può provvedere in ogni caso, senza limiti di valore (art. 82 n. 5 cod. proc. civ., non modificato per queste parti dal decreto del 1926, citato sopra).

Sono inoltre di competenza dei pretori senza limite di valore (art. 82 citato), « purchè proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine » : le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici (salva la competenza del conciliatore fino a 400 lire : v. sopra) ; le azioni possessorie ; le azioni di danno temuto e di denuncia di nuova opera ; le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dalla legge o dai regolamenti o dagli usi locali riguardo al piantamento di alberi o di siepi.

La limitazione dell'anno non ha importanza pratica per le azioni possessorie, di denuncia di nuova opera e di danno temuto, perchè dopo l'anno l'azione è colpita di decadenza (artt. 694, 695, 698 e 699 cod. civ.) e non può più esser di competenza di nessuna altra autorità giudiziaria. Per le altre riprendono vigore, dopo l'anno, le norme ordinarie per valore.

Quanto alle azioni possessorie, c'è una deroga nell'articolo 444 capov. in relazione all'art. 443 cod. proc. civ..

Sono escluse dalla competenza delle preture (art. 7 u. c. cod. proc. civ.), come da quella degli uffici di conciliazione, le controversie sulle imposte dirette ed indirette (salvo che per certe prestazioni personali ai comuni, per cui provvedono i conciliatori) e le questioni di falso in atti pubblici (arg. dell'art. 431 cod. proc. civ.).

Tutte le azioni o le cause che non siano di competenza di altri organi, sono di competenza dei tribunali.

Poste queste regole sulla sfera di competenza dei varii tipi di organi, resta a vedere come si determina, a questi effetti, la materia e il valore della causa.

MATERIA E VALORE della causa si determinano in rela-
181 zione alla « materia del contendere », così e come viene proposta dalle parti.

Spetta però al giudice definire « in diritto » le azioni ed eccezioni delle parti, secondo le classificazioni e definizioni giuridiche applicabili. Non basta, per esempio, che una parte affermi che la sua azione è personale, perchè il giudice ponga questa classificazione di parte a base della decisione sulla propria competenza. Potrà il giudice rettificare e ritenere che l'azione, male qualificata dalla parte come personale, giuridicamente vada definita invece come azione reale ; e su questo dovrà fondarsi, in ipotesi, per determinare la propria competenza od incompetenza. Circa le classificazioni e definizioni applicabili, non abbiamo che a rimetterci a quanto già detto nella parte generale (nn. 66 e 67). Non ha influenza viceversa, sulla determinazione (pregiudiziale) della competenza, la decisione che il giudice debba prendere poi sul fondamento intrinseco delle pretese delle parti, agli effetti di accogliere o respingere (nel merito) le domande o le eccezioni proposte. Così, per esempio, proposta una pretesa azione di revindica, che giuridicamente ed in astratto debba classificarsi come tale, anche se il giudice ritenga poi di doverla respingere perchè infondata, deve pur sempre considerarla come una revindica (sebbene infondata), agli effetti di determinare le regole di competenza applicabili. Infatti, anche respingendo, il giudice decide (sia pure negativamente) sulla revindica, che era stata proposta. Così, se sia stata chiesta la condanna al pagamento di mille, e il giudice creda di dover rigettare la domanda perchè infondata, oppure creda di doverla accogliere per cento, per duecento, per quattrocento (respingendola per il resto), il valore agli effetti della competenza resta di mille, perchè anche

respingendo la domanda in tutto o in parte, il giudice decide pur sempre di mille. Questo si argomenta dall'art. 72 al. del codice, ma discende logicamente dalla costruzione stessa del processo.

182 FONDAMENTALMENTE bisognerà guardare, a questo effetto, alla domanda dell'attore e cioè alla azione pretesa e proposta, e per ciò anche noi, esponendo le regole di competenza sulle traccie della legge, qualche volta anzichè parlare di cause o controversie abbiamo parlato di domande o di azioni (proposte e pretese). Anche l'art. 72 al. citato sopra, parla di domanda. Però bisogna avvertire fin d'ora, che qualche volta anche le eccezioni del convenuto possono influire sulla estensione o sull'ambito della materia del contendere (come chiariremo più a fondo nel capitolo sulle funzioni delle parti e del giudice). E allora può essere che, per riflesso o per conseguenza di una eccezione, la competenza si sposti in corso di processo. Ciò avviene soprattutto quando, per decidere della eccezione (e quindi della domanda), il giudice debba procedere ad accertamenti e declaratorie relative a rapporti o situazioni giuridiche, che in base alla domanda dell'attore (in sè e per sè considerata) non apparivano controverse e che, per conseguenza, non sarebbero divenute oggetto di accertamento, se il convenuto non ne avesse fatto questione.

Un esempio lo troviamo nella legge allo stesso articolo 72 capov., là dove dispone, che: « quando si domandi « una somma, che sia parte e non residuo di una maggiore « obbligazione, il valore si desume dalla obbligazione intera, « se questa è controversa ». L'esempio consueto è questo: l'attore chiede la condanna del convenuto al pagamento di una certa rata di un prezzo, di un canone o di una qualsiasi obbligazione ratcata. La materia del contendere, al momento della domanda iniziale, è rappresentata da quella tale rata, e il valore è dato dal suo ammontare. Compare il convenuto e contesta che la rata sia dovuta, in quanto contesta la sussistenza o la validità della vendita, dell'affitto, o in genere del negozio o del rapporto dal quale sorgeva,

secondo l'attore, l'obbligazione rateata oppure contesta il diritto alla continuazione del rapporto; chiede che il giudice rigetti la domanda, per questo motivo. Evidentemente il giudice in questo caso si trova a dover conoscere e decidere, in via di accertamento incidentale (circa il fondamento della eccezione), della esistenza o validità di tutto il negozio o di tutto il rapporto o di tutto il suo seguito, e a tutto questo viene ad allargarsi la materia del contendere, con effetto anche per le rate successive. Onde di tutto questo deve tenersi conto per determinare la competenza; e può anche avvenire che il giudice adito, competente finchè si discuteva solo della rata, si trovi adesso a non esser più competente, dopo che la controversia si è così ampliata.

La pratica, e qualche volta anche la dottrina e la giurisprudenza, parlano in questi casi di « eccezioni riconvenzionali » e ci sembra che non abbiano torto, perchè in realtà qui il convenuto fa qualche cosa di più che proporre una semplice eccezione: chiede in realtà un provvedimento di accertamento, cioè una declaratoria, suscettibile di effetti più vasti del provvedimento chiesto dall'attore. D'altro canto qui non si può parlare, secondo il linguaggio corrente nella pratica, di azione riconvenzionale, perchè il convenuto si limita a desumere, dalla declaratoria domandata, la conseguenza del rigetto della domanda dell'attore, senza chiedere, almeno per il momento, altri provvedimenti consequenziali contro di lui. Se chiedesse invece per esempio la condanna dell'attore a restituire le rate precedentemente incassate, allora entreremmo francamente nel campo dell'azione in riconvenzione, di cui si occupano le regole sulla competenza per connessione, e di cui riparleremo più avanti.

Un caso di questo genere (eccezione riconvenzionale) si verifica, secondo noi, anche quando l'attore chieda la condanna del convenuto al pagamento di un debito e questi eccepisca la estinzione del debito stesso per compensazione con un altro suo credito. La legge si occupa anche di questo caso sotto la rubrica della competenza per connessione (arti-

colo 100 n. 2 e 102), ma ci sembra una collocazione errata, perchè la connessione suppone che vi siano più cause distinte, mentre quando la compensazione è dedotta soltanto come modo di estinzione della obbligazione (in virtù degli artt. 1285 e segg. cod. civ.), la causa fra le parti resta una sola : si tratta sempre di decidere se il credito vantato dall'attore sussista tuttora o se sia estinto. Però può essere, che il credito dedotto in compensazione dal convenuto superi quello dell'attore, pur senza che il convenuto chieda la condanna dell'attore al pagamento della differenza. In questo caso (e semprechè l'attore contesti a sua volta il credito vantato dal convenuto), il giudice si troverà a dover conoscere (in via di accertamento) anche di questo credito superiore. Di ciò evidentemente bisognerà tener conto agli effetti della competenza; e così potrà avvenire, come nel caso dell'art. 72 capov., che il giudice, originariamente competente, a seguito della eccezione, cessi di esserlo. In questo senso dispone per l'appunto l'art. 102, che il conciliatore od il pretore debbano rimettere la causa al giudice di competenza superiore. Però l'art. 102 introduce dei temperamenti di ordine pratico, ammettendo che, se il credito dell'attore sia assistito da prove precostituite di tutta evidenza, il conciliatore o il pretore possano per intanto condannare provvisionalmente il convenuto al pagamento, con riserva della eccezione di compensazione (con cauzione o senza) e rinviare al giudice superiore per l'esame della eccezione. Ciò vuol dire che : o il giudice superiore riterrà infondata l'eccezione, e la condanna rimarrà ferma, o la riterrà fondata, e allora revocherà la condanna del convenuto, dichiarando estinto il credito, e l'attore sarà condannato a restituire ciò che avesse nel frattempo percepito in grazia della condanna provvisionale.

Altro esempio positivo della influenza delle eccezioni del convenuto sulla competenza, può desumersi dalla disposizione che riconosce la competenza del conciliatore anche per azione di danni ai fondi urbani o rustici (v. sopra, n. 180), purchè « non si faccia questione di proprietà o di possesso ». Può essere benissimo (anzi avverrà di solito), che la questione di proprietà o di possesso sorga dalla eccezione del convenuto, e anche in tal caso la competenza necessariamente si sposta.

Però se, in relazione alle disposizioni che siamo venuti ricordando, la competenza può esser spostata in corso di processo per effetto di eccezioni che estendano la materia del contendere, è da ritenersi al contrario che la competenza non si sposti, se per altre circostanze sopravvenute muti la consistenza dell'oggetto (per esempio perisca la cosa che si rivendicava oppure, per fluttuazioni del mercato, del regime fiscale, del valore delle moneta ecc., ne muti, anche sensibilmente, il valore o la stima) e neppure se muti ciò che si potrà conseguire in via di sanzione (per esempio il risarcimento dei danni invece della restituzione della cosa).

Posti questi criterii di base per la determinazione della competenza per materia e valore, veniamo ad esaminare come si procede al calcolo e alla stima del valore.

183 L'UNITÀ O MOLTEPLICITÀ di oggetti (v. sopra, n. 152) è il primo punto, di cui la legge si preoccupa agli effetti del calcolo del valore.

Essa prescrive innanzitutto, che per il calcolo si deve tener conto non solo dell'oggetto principale, ma anche dei suoi accessori (sopra n. 152), fino al giorno della domanda : art. 72 capov. : « Gli interessi scaduti, le spese e i danni « anteriori alla domanda giudiziale si sommano col capitale « per il calcolo del valore ».

La disposizione ha importanza anche per il suo implicito significato contrario, e cioè che la competenza, determinata all'inizio della lite in base a quel calcolo, non si sposta più per il fatto, che in corso di procedimento maturino altri interessi, altri danni, altre spese ecc.. Anche per queste si può chiedere la condanna (arg. anche dall'art. 490 cod. proc. civ.) allo stesso giudice, sebbene col loro ammontare si finisca per eccedere il limite di valore della sua competenza. Questa non è, in fondo, che una applicazione della regola, accennata testè, sulla immutabilità della compe-

tenza in corso di processo per variazioni di valore dell'oggetto, ma certamente risolve un dubbio od uno scrupolo, che sarebbe potuto nascere in proposito.

Successivamente la legge si occupa del caso, in cui vi sia pluralità o molteplicità di oggetti, sia fra le stesse parti, sia anche fra parti diverse (sopra n. 153) e dispone nell'art. 73: « quando i capi di domanda siano più, si som- « mano tutti per determinare il valore della causa, se di- « pendano dallo stesso titolo; se dipendano da titoli distinti, « si ha riguardo al valore di ciascuno preso separatamente ». Evidentemente qui la legge, parlando di « capi di domanda », ha riguardo soltanto alla forma esteriore della domanda stessa, perchè, per lo meno nel caso in cui questi sedicenti « capi » dipendano da titoli distinti, si ha in realtà una pluralità di domande diverse e distinte. Con la espressione « titolo », la legge allude agli elementi, da cui sorge o sorgono le azioni, pretese o vantate con la domanda plurima; e si deve probabilmente ritenere, che veda unità di titolo là dove sia unico il diritto soggettivo sostanziale vantato dall'attore e molteplici le trasgressioni o violazioni avvenute, dal che, poi, le varie domande o i varii capi della domanda. Così, se da un certo atto sorga un credito rateato e siano insoddisfatte più rate, queste si sommeranno; se siano dovute più cose oppure cose e danaro o servigi, bisognerà calcolarne distintamente il valore e poi sommare. Ma se si chieda viceversa la condanna al pagamento di una data somma a titolo di prezzo, di un altra a titolo di mutuo ecc., non sarà più il caso di addizionare le varie cifre.

Si avverta però a questo proposito, che la disposizione relativa alla somma (nel senso di addizione), vale soltanto per il caso in cui la competenza per tutte quante le varie domande (o capi di domanda) si determini in base al valore; e semprechè fra le domande stesse non vi sia un rapporto di dipendenza dell'una dall'altra (connessione per accessorietà). Infatti, se per una certa domanda è stabilita una competenza per materia (senza riguardo al valore), questa deve esser rispettata in modo autonomo e non può esser spo-

stata sotto pretesto di sommarla ad un altra e viceversa. D'altra parte, se fra le varie domande vi sia rapporto di accessorietà, la competenza per l'azione principale diventa attrattiva delle altre accessorie, all'effetto che il giudice al quale spetta decidere di quella, decida anche di queste nello stesso processo, senza che vi influisca la considerazione del loro valore. Si applica cioè in quest'ultimo caso l'art. 99, di cui parleremo a proposito di connessione (v. il n. 187), e non l'art. 73.

Non è che una applicazione del criterio dell'art. 73 prima parte, la disposizione dell'art. 77 per cui: « nelle « controversie sulla validità o continuazione di una locazione « il valore si determina cumulando i fitti, le pigioni, le mer- « cedi, di cui si contende, e gli accessori ».

Ed è in fondo ancora una applicazione degli stessi criterii, la disposizione dell'art. 76, per cui « nelle controversie « per prestazione di rendita perpetua, temporanea, o vita- « lizia, di qualunque denominazione, il valore si desume dalla « somma capitale espressa nell'atto della costituzione, se il « titolo sia controverso. Quando non sia espressa la somma « capitale, il valore si determina cumulando venti annualità « se si tratta di rendita perpetua, e dieci se di rendita vitalizia « oppure per tempo indeterminato o determinato ma non « minore di anni dieci, senza distinzione tra le rendite e « pensioni costituite sulla vita di una o più persone. Quando « la rendita sia per tempo minore di anni dieci il valore si « determina cumulando le annualità ».

L'art. 74 prevede il caso, in cui « più persone chiedano « in un medesimo giudizio da uno o più obbligati il paga- « mento della loro parte di un credito ». E dispone che: « il valore della causa si determina dalla somma totale ». Si tratta di una ipotesi di pluralità di oggetti e di parti in uno stesso processo nel senso già veduto più addietro (n. 156), e la legge logicamente applica al calcolo del valore agli effetti della competenza, lo stesso criterio dell'art. 73. Valgono pertanto in proposito le stesse avvertenze; e si può ritenere ammissibile la interpretazione estensiva dell'articolo a tutti i casi, in cui le domande dipendano dallo stesso titolo, anche se non si tratti di un credito (esempio:

revindica di una cosa per quote, da parte di tutti i condomini; il valore della causa è quello della cosa e non della quota).

184 QUANTO ALLA « STIMA » dell'oggetto delle singole domande, è chiaro per intanto, che quando si chieda la condanna ad un pagamento in danaro, non c'è bisogno di tante operazioni; il valore è dato automaticamente dall'ammontare in cifra numerica che si chiede, più gli eventua accessorii, secondo le regole generali più sopra esposte. Se la somma non sia precisata, riteniamo debba presumersi, che sia contenuta nei limiti della competenza per valore del giudice adito. In questo caso però, secondo noi, quando si venga alla liquidazione, l'attore non può chiedere una somma eccedente quel limite (sempre con riferimento, ben s'intende, al momento della domanda).

Nelle controversie relative a beni mobili (che non siano danaro), dispone l'art. 80 che il valore della causa « è deter« minato dall'attore nella domanda. Se l'attore non lo deter« mini, si presume che il valore sia di competenza dell'autorità « giudiziaria adita. Il convenuto nella prima risposta può « impugnare il valore dichiarato o presunto come sopra. In « questo caso il giudice decide, allo stato degli atti, se il va« lore della causa sia nei limiti della sua competenza ».

Questa disposizione generica si applica, sia quando l'azione esercitata sia reale, sia quando sia personale, sia che tenda alla consegna di una cosa certa o di una quantità di cose determinate nel genere. La espressione « il giudice decide allo stato degli atti », significa: senza che si possa far luogo ad una istruttoria (perizia, prove testimoniali ecc.) agli effetti della competenza, e ciò per non appesantire la causa, prima ancora di toccare del merito. Se a seguito delle eccezioni del convenuto, il giudice ritenga che la causa non rientri nei limiti di valore della sua competenza, dovrà declinare. Non potremo dire in questo caso, che l'eccezione sposta la competenza, ma mette in luce l'incompetenza.

È certo, che la stima che faccia il giudice agli effetti della competenza, non lo vincola agli effetti del merito. Dopo aver ritenuto cioè un certo valore di un oggetto agli effetti della competenza, può ritenere un valore diverso per gli effetti del provvedimento definitivo di merito, quando si tratti, per esempio, di tradurre in danaro una eventuale condanna. Dubbio è invece, se resti vincolato l'attore (a non chiedere di più), quando egli stesso con l'adire un certo giudice, abbia dato luogo alla presunzione che il valore di una cosa non superi il limite della sua competenza e non vi sia stata contestazione in proposito. Si inclina a ritenere di no, ma non ne siamo persuasi (in coerenza a quanto già detto per somme da liquidarsi).

Naturalmente, nella stima bisogna tener conto non solo di quello che si suol chiamare il valore venale della « cosa » (che è poi il valore della piena proprietà), ma della natura del diritto vantato. Se si rivendichi un diritto di usufrutto, il valore dovrà ridursi ad una frazione di quello della piena proprietà. Se si rivendichi o si affermi un diritto di pegno, il valore sarà dato dall'ammontare del credito garantito, più accessorii e spese, se questo sia inferiore al valore venale della cosa, e altrimenti sarà dato dal valore stesso (arg. per an. dall'art. 75 nn. 1 e 2).

Nel caso di prestazioni periodiche in derrate, non stimate nel titolo (per esempio, canone d'affitto in derrate), l'art. 78 applica la stessa regola dell'art. 79, ma con una variante; dice cioè l'articolo che, « se l'attore non faccia « la dichiarazione o il convenuto non l'accetti, il valore si « desume dai prezzi medii del mercato più vicino ».

La legge non risolve espressamente il caso, che sia incerta o variabile anche la quantità della derrate dovute (caso, per esempio, della mezzadria). Riteniamo che, se vi sia contestazione, debba decidere anche in questo caso il giudice « allo stato degli atti », salvo ritenere la controversia di valore indeterminabile (competenza del tribunale), se la determinazione riesca eccessivamente difficile o visibilmente arbitraria. Non tutti sono d'accordo su questa soluzione.

Nelle controversie sulla proprietà di beni immobili, dispone l'art. 79, modificato dalla legge 15 settembre 1922 n. 1287, che « il valore della causa si determina mol-

« tiplicando per trecento il tributo diretto verso lo Stato. « Se la controversia cada sull'usufrutto o sulla proprietà « nuda il valore si determina moltiplicando il tributo per « centocinquanta. Se la controversia cada sopra una servitù « prediale il valore si determina da quello del fondo serviente. « Se la controversia cada sul regolamento dei confini il valore « si determina da quello della parte di proprietà controversa. « Quando il valore dell'immobile non si possa determinare « dal tributo, la causa si considera di valore eccedente lire « cinquemila ».

L'articolo si riferisce testualmente soltanto alle azioni reali. Riteniamo debba applicarsi anche al caso di semplice accertamento (declaratoria) di un diritto reale immobiliare, per esempio nel caso di accertamento di una simulazione assoluta (cfr. parte generale, n. 49). E' dubbio, se si applichi al caso, in cui sia dovuto (in via obbligatoria) il trasferimento. Riteniamo in massima di sì, qualora si possa chiedere (ciò che è discusso), e si chieda, un provvedimento costitutivo (cfr. parte generale, n. 50). Ma se si chieda soltanto la condanna al trasferimento (volontario), e, in difetto, al risarcimento dei danni, il valore si determina dall'ammontare dei danni, secondo le regole sulle azioni per crediti di danaro. Se si chieda il provvedimento costitutivo più il risarcimento, resta dubbio, per verità, secondo le regole di calcolo esposte più sopra, se si debba fare la somma dei valori (più oggetti dipendenti dallo stesso titolo) o applicare l'art. 99.

La legge non dà disposizioni, per il caso in cui si contenda di un dominio utile o di un dominio diretto, in caso di enfiteusi. Fra le varie soluzioni sostenute, riteniamo preferibile (per ragioni pratiche, per verità, piuttosto che per ragioni logiche) quella, che equipara il valore del diritto dell'enfiteuta (dominio utile) alla piena proprietà (come se fosse un diritto reale su un fondo servente a sensi dell'art. 79), e calcola il valore del diritto del concedente secondo la regola delle rendite perpetue (capitalizzazione al 100 per 5).

La regola supplettiva generale, con cui si esaurisce finalmente tutto il problema della stima, quando non vi sia altro criterio legale applicabile, o direttamente o per analogia (e il valore riesca pertanto « indeterminabile »), è che la controversia si considera di valore eccedente la competenza pretoria, cioè di competenza dei tribunali. In questo senso va inteso l'art. 81 del codice.

E saldato così il ciclo delle regole di stima, possiamo venire alla competenza per territorio.

§ 9. — *Norme sulla competenza « per territorio »*

PER TERRITORIO, la competenza si determina in rela-
185 zione alle circoscrizioni giudiziarie, a seconda che certe situazioni o dati di fatto, indicati dalla legge come decisivi a questo effetto, si verifichino nella circoscrizione dell'uno o dell'altro organo (che sia competente secondo il suo tipo, per materia e valore).

Può considerarsi, secondo noi, come regola generale in materia, quella dettata dall'art. 90 del codice (sebbene formalmente concepita per le azioni personali e per quelle reali su beni mobili) e cioè che: competente per territorio è l'autorità giudiziaria nella cui circoscrizione il convenuto abbia domicilio o residenza. Così va intesa la espressione dell'articolo: « autorità giudiziaria del luogo in cui ecc. ». S'intende che se domicilio e residenza (secondo le nozioni che ne dà l'art. 16 cod. civ.) non coincidano, l'attore ha la scelta fra l'autorità giudiziaria dell'uno o dell'altro luogo. Se poi il convenuto « non abbia domicilio o residenza « conosciuta, (le azioni) si propongono davanti l'autorità « giudiziaria del luogo in cui esso dimora ».

Se non sia conosciuto neanche il luogo di dimora, la legge non dà più una regola. Si ritiene (ma senza che possa darsene una giustificazione sicura), che l'attore possa citare davanti alla autorità del luogo dove egli stesso ha domicilio o residenza.

Quando convenuta sia una persona giuridica, riteniamo debba applicarsi in ogni caso la disposizione dettata dall'art. 90 capoverso per le società e cioè: l'azione deve pro-

porsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è la sede dell'amministrazione o si trova uno degli « stabilimenti» con un rappresentante della persona giuridica stessa. La espressione « stabilimento » qui allude a quei centri amministrativi locali, che si sogliono chiamare nel linguaggio corrente : sedi (secondarie), filiali, succursali o simili. Si deve intendere, che la persona giuridica può esser convenuta nel luogo di questi « stabilimenti », quando sia convenuta in persona dei suoi rappresentanti locali, e semprechè, per disposizione di statuto o di regolamento o in virtù di un mandato institorio, costoro possano validamente rappresentarla in giudizio nella causa che viene promossa contro di lei. Si veda in proposito anche l'art. 872 al. del cod. comm..

Il successivo art. 91 del codice introduce la designazione di altre autorità giudiziarie, pur esse competenti per le azioni personali o reali su beni mobili, e che l'attore può adire a sua scelta, invece delle autorità giudiziarie indicate nell'art. 90. In fondo l'art. 90 è ispirato ad un riguardo per gli interessi (comodità di difesa) del convenuto ; l'art. 91 tempera la cosa anche nell'interesse dell'attore, accordandogli questa scelta. E dispone che: « l'azione personale e « l'azione reale su beni mobili si possono anche proporre « davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta « o deve eseguirsi l'obbligazione, o in cui si trovi la cosa « mobile, oggetto dell'azione, purchè il convenuto sia ivi « citato in persona propria. Nelle materie commerciali pos- « sono anche proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo « in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce, o « in cui deve eseguirsi l'obbligazione, sebbene il convenuto « non sia ivi citato in persona propria ».

La espressione dell'alinea: « purchè il convenuto sia ivi citato in persona propria », va intesa nel senso, che l'ufficiale giudiziario, che procede alla notifica della citazione, abbia rinvenuto personalmente il convenuto dentro la circoscrizione dell'autorità giudiziaria del luogo, ed abbia potuto consegnare la copia « ivi » a sue mani. Molto si è discusso sul significato della espressione: « fu contratta o

deve eseguirsi l'obbligazione ». Si ritiene ormai concordemente che l'espressione « fu contratta » si riferisce anche ad obbligazioni da fatto illecito o da quasi contratto. Quando la controversia tragga origine da un contratto in senso proprio, come luogo in cui l'obbligazione fu contratta, si ritiene che sia da considerarsi il luogo in cui il negozio si è perfezionato fra le parti (secondo le regole generali di diritto sostanziale), e che quando dal contratto sorgano varie obbligazioni possa scegliersi l'autorità giudiziaria del luogo dove deve eseguirsi una (qualsiasi) delle obbligazioni principali. La espressione del capoverso « promessa e consegna della merce », si ritiene congiuntiva e non disgiuntiva.

Regole particolari si hanno poi per il caso in cui convenuta sia una amministrazione dello Stato. L'art. 92 del codice disponeva, che: « l'azione personale e l'azione reale « su beni mobili, quando sia convenuta una delle ammini- « strazioni dello Stato, deve sempre proporsi, salvo il di- « sposto dell'articolo 95, davanti l'autorità giudiziaria del « luogo, in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione o « in cui si trovi la cosa mobile, oggetto dell'azione. Nelle « controversie relative alle imposte dirette o indirette l'azione, « anche quando l'amministrazione dello Stato sia attrice, « deve essere proposta davanti il tribunale nella cui giuri- « sdizione è l'uffizio che deve riscuotere o che ha riscosso « l'imposta ».

La legge sulla rappresentanza dello Stato in giudizio (t. u. 30 ottobre 1933, n. 16611) all'art. 6 ha ulteriormente disposto che : « salva la disposizione dell'articolo se- « guente, la competenza per le cause nelle quali è parte una « amministrazione dello Stato, anche nel caso di più convenuti « ai sensi dell'art. 98 del codice di procedura civile, spetta « al tribunale o alla corte di appello del luogo dove ha sede « l'ufficio dell'avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova « il tribunale o la corte d'appello che sarebbe competente secon- « do le norme ordinarie. Quando un'amministrazione dello Sta- « to è chiamata in garantia, la cognizione così della causa prin- « cipale come dell'azione in garantia è devoluta, sulla semplice « richiesta della amministrazione, con ordinanza del presi-

« dente, all'autorità giudiziaria competente a norma del comma « precedente ». Ne discende, per esempio, che nei casi dell'art. 93, se l'azione sia di competenza dei tribunali, andrà proposta davanti al tribunale del luogo dove abbia sede l'ufficio distrettuale della avvocatura, nel cui distretto si trova il tribunale che sarebbe stato competente secondo l'articolo stesso.

Le eccezioni alle quali allude l'articolo in principio rinviando al successivo art. 7 (oltre ai casi di competenza dei pretori e conciliatori) comprendono i casi di azioni successorie (su cui v. sotto), altri casi che qui non interessano (urto di navi, azioni esecutive, fallimento) e finalmente il caso di intervento volontario e di opposizione di terzo. Però per i giudizii di appello davanti ai tribunali e alle corti, l'appello va proposto anche in questi casi nel luogo « dove ha sede l'avvocatura dello Stato nel cui distretto le « sentenze sono state pronunciate ».

Le azioni reali sui beni immobili (salve sempre le disposizioni privilegiate per la difesa dello Stato) si propongono davanti all'autorità giudiziaria, nella cui circoscrizione si trova l'immobile : art. 93 del codice. Quelle possessorie, di denuncia di nuova opera e di danno temuto, davanti alla autorità giudiziaria del luogo dove sia avvenuto lo spoglio o la turbativa o si costruisca l'opera nuova o si verifichi il pericolo : art. 93 cit., in relazione all'art. 82. Sembra debbano proporsi davanti all'autorità nella cui circoscrizione si trova l'immobile, anche l'azione di sfratto per locazione finita e quella per la osservanza di distanze nella piantagione di alberi o di siepi e per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, sebbene sia ambigua in proposito la dizione dell'art. 93.

« Si propongono davanti all'autorità giudiziaria del luogo « dell'aperta successione » (cioè del luogo dell'ultimo domicilio del defunto : art. 923 cod. civ.) le azioni fra coeredi, quelle di legatarii e di creditori del defunto contro gli eredi, quelle contro l'esecutore testamentario ecc., secondo la elencazione e dentro i limiti di tempo di cui all'art. 94 del codice. Oltre questi limiti di tempo, riprendono vigore le norme ordinarie.

L'azione fra soci si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo, in cui è il principale « stabilimento » della società, anche dopo lo scioglimento e fino ad un biennio dopo la divisione : art. 96. Ciò, ben si intende, quando la natura e la struttura della società possano dar luogo a questa figura della azione « fra soci ». Quando si tratti di azioni, anche di soci, contro una società, persona giuridica come tale, riteniamo si applichi l'art. 90 capov. (di cui più sopra).

« L'azione per rendimento di conti di una tutela o di « una amministrazione si propone davanti l'autorità giudi« ziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu « conferita o esercitata » (art. 97). Non è chiaro a che cosa la legge voglia alludere con la espressione « amministrazione ». Sembra debba ritenersi, che alluda alla gestione di mandatarii o rappresentanti, anche di persone giuridiche, purchè non si tratti di azione fra soci di cui all'art. 96, e quando la gestione stessa implichi una certa continuità e complessità, come può aversi appunto nella « amministrazione » dei tutori.

Tutte queste regole legali di competenza territoriale, sono in massima derogabili, come abbiamo esposto più addietro (n. 178), onde la disposizione sull'elezione di domicilio di cui all'art. 95, già citato a quel proposito. Dubbio sulla derogabilità (nel senso di cui al n. 178 in fine) può esservi soltanto per le azioni possessorie, di denuncia di nuova opera e di danno temuto, per le ragioni che crediamo abbiano ispirate le disposizioni dell'art. 82 e dell'art. 93, in relazione alle disposizioni procedurali dell'art. 696 cod. civ. e 938 e segg. cod. proc. civ. : possibilità del pretore di assumere rapidamente informazioni, di recarsi sul luogo e dare ivi i provvedimenti d'urgenza ecc..

Competenze territoriali speciali (alcune delle quali temporanee ed altre costanti, alcune derogabili ed altre no) sono stabilite infine per singole materie, da disposizioni di altri codici o di leggi speciali in proposito. Ricordiamo le disposizioni del codice di commercio, per esempio, in materia di trasporti, in materia di urto di navi, avarie ed altri

fenomeni proprii del diritto marittimo, le disposizioni della legge sugli infortunii del lavoro, quelle della legge sulla circolazione stradale ecc.. Una elencazione in questa sede (che difficilmente, del resto, potrebbe riuscire completa) sarebbe tediosa e di scarsa utilità, perchè le relative disposizioni perdono significato, quando siano avulse dalle disposizioni sostanziali (o procedurali speciali) a cui si connettono.

§ 10. — *Norme sulla competenza « per connessione e continenza di causa ».*

La « CONTINENZA » e la connessione delle cause sono state
186 prese in considerazione dal legislatore, come abbiamo avvertito a suo tempo (n. 176, in fine), per dettare un gruppo di norme destinate a favorire al riunione e la trattazione di più cause distinte nello stesso processo ed evitare il moltiplicarsi dei processi per una stessa causa. In parte sono veramente norme di competenza, in parte sono di procedura.

Qui conviene distinguere, comunque, nelle disposizioni complesse e un po' confuse del codice, tre ordini di norme e cioè: norme per il caso in cui una stessa causa o cause « continenti » siano state promosse davanti a più giudici; deroghe alle norme ordinarie di competenza per consentire la riunione di più cause, là dove questa non sarebbe stata possibile secondo le norme ordinarie di competenza; norme per il caso in cui le parti abbiano proposte le loro domande (diverse e distinte, ma connesse) davanti a più giudici competenti secondo le norme ordinarie, invece di riunirle davanti allo stesso giudice.

Cominciando dal primo ordine, ricorderemo innanzitutto, come risulti da quanto abbiamo detto a proposito della competenza per territorio, che vi possono essere più autorità giudiziarie egualmente competenti per una stessa causa a scelta dell'attore (esempio, per le azioni personali da contratto: autorità del luogo del domicilio, del luogo della residenza, del luogo della conclusione del contratto, della esecuzione di ciascuna delle obbligazioni principali

e finalmente del domicilio eletto dalla controparte, se ci fu elezione unilaterale). Meccanicamente non è escluso, che l'attore proponga e riproponga la sua domanda davanti a due o più di queste, ed è evidente, che, per questa ipotesi, il legislatore bisogna che si preoccupi di far sì, che una sola in definitiva ne conosca e ne decida (n. 279). La regola che pone a questo scopo è, che la causa deve esser decisa dall'autorità giudiziaria adita per prima, nel qual caso si parla di « prevenzione », determinata dalla prima domanda rispetto alle altre « la citazione » (avendo riguardo alla data di notificazione) « determina la prevenzione »: art. 104 capov. cod. proc. civ..

La prevenzione non importa una vera e propria incompetenza delle altre autorità (successivamente adite); ma rappresenta piuttosto il verificarsi di una circostanza estrinseca, che osta alla procedibilità dell'istanza davanti a loro. Tanto è vero, che se il primo processo venga per qualsiasi causa ad estinguersi (per rinuncia, perenzione, dichiarazione di nullità degli atti), cade l'ostacolo e il processo successivamente promosso può avere il suo corso, come se fosse stato regolarmente e legittimamente promosso fin dall'origine.

Per far valere la prevenzione, la legge accorda alle parti una eccezione di carattere processuale, proponibile davanti alle autorità prevenute (successivamente adite), che non è dunque una eccezione di incompetenza, ma di improcedibilità e che si suol chiamare (con terminologia adottata anche dalla legge) eccezione di « litispendenza ». Questa è proponibile tanto dall'attore che dal convenuto, in qualunque stato e grado della causa, ma non è rilevabile d'ufficio.

La cosa par semplice quando si tratti di una stessa (unica) causa promossa davanti a più giudici. Ma la ipotesi si verifica di rado. Più complessa e irta di dubbii è invece la ipotesi praticamente più frequente, in cui si tratti di cause « continenti », quando, cioè, una causa contiene comprende o coinvolge, in tutto od in parte, materialmente o virtualmente, in senso parallelo od inverso, avendo riguardo alla domanda o alle eccezioni, anche la materia

dell'altra. Accade in questi casi, di domandarsi se, avendo riguardo alla continenza, si debba applicare la regola della prevenzione cronologica o se al di sotto non ci sia un rapporto di accessorietà, di dipendenza o di pregiudizialità, onde si debba far prevalere questa considerazione, applicando invece le regole che diremo più avanti (art. 99, v. il n. 188). Accenneremo qualche caso. Per esempio: davanti ad un giudice si chiede il pagamento degli interessi di un mutuo e davanti all'altro la decadenza dal termine, restituzione del capitale e pagamento degli interessi; davanti ad un giudice si chiede la esecuzione di una singola obbligazione da contratto e davanti all'altro (magari dall'altra parte) la risoluzione di tutto il contratto; davanti ad un giudice si chiede una rettifica di confini e davanti ad un altro si rivendica tutto il fondo; davanti ad un giudice si chiede la restituzione di una somma che si dice mutuata o il pagamento di stipendii e davanti ad un altro la dichiarazione che esiste una società fra le parti (cosicchè non ci sarebbe mutuo ma conferimento o non ci sarebbe rapporto di impiego ecc.).

È assai difficile, anzi impossibile, dare un criterio costante e sicuro, circa le regole da applicare. Troppe considerazioni particolari (« di specie ») possono influire volta per volta sulla soluzione. A tagliare corto dovrebbe servire il regolamento di competenza, (n. 179 e n. 188). Ma questi casi continuano a formare il tormento delle parti e dei professionisti di buona fede e la delizia di quegli altri.

187 La connessione fra cause distinte e diverse per il loro oggetto (anche se fra soggetti diversi), è stata presa in considerazione dalla legge per rendere possibile la loro riunione davanti allo stesso giudice, con opportune deroghe alle norme ordinarie di competenza, quando queste ultime la avrebbero altrimenti ostacolata. È questo il secondo dei varii ordini di norme, che abbiamo creduto di poter ravvisare in questo gruppo (v. n. prec., in principio). Vedremo poi dopo, che cosa succede, quando l'attore non provveda alla riunione fin da principio; e sarà il terzo ordine di norme di questo gruppo.

L'art. 98 dispone che: « l'azione contro più persone, che « per domicilio o residenza dovrebbero essere convenute da- « vanti a diverse autorità giudiziarie, può essere proposta « davanti quella del luogo del domicilio o della residenza di « alcuna di esse, se vi sia connessione per l'oggetto della « domanda, o per il titolo o fatto da cui dipende ». Qui abbiamo evidentemente una deroga alle norme ordinarie di competenza per territorio. Quanto al significato della espressione « connessione » e alle ipotesi in cui questa si verifica, non abbiamo che a riferirci a quanto abbiamo esposto più addietro (n. 156). La scelta dell'autorità giudiziaria, quando l'attore si giovi originariamente di questa deroga per promuovere un unico procedimento, spetta evidentemente a lui (salvo il caso, che vi sia in giudizio una amministrazione dello Stato: sopra, n. 185). E per il calcolo del valore si applicheranno in questa ipotesi le disposizioni degli artt. 73 e 74 (sopra, n. 183).

L'art. 99 dispone: « l'azione accessoria è proposta da- « vanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione prin- « cipale ». La accessorietà nel senso e agli effetti di questo articolo, può ravvisarsi tutte le volte, che una azione sia dipendente da un'altra, nel senso pur veduto più addietro: la azione « dipendente » si considera accessoria di quella « principale ». In considerazione di questo rapporto, qui la legge deroga non solo alle norme ordinarie per territorio, ma anche a quelle per valore. Così, per esempio, il pretore adito con una azione possessoria, sarà competente anche per i danni dello spoglio o della turbativa, qualunque ne sia l'ammontare, semprechè questi siano chiesti nello stesso procedimento. Più raro sarà, che la accessorietà sposti una competenza per materia, perchè difficilmente una azione la cui competenza sia determinata per materia potrà considerarsi accessoria ad un'altra: un esempio può vedersi tuttavia nell'art. 444.

L'art. 100 n. 1 dispone, che l'autorità giudiziaria competente per la causa principale, diventa competente per territorio a conoscere anche della chiamata in garanzia. Ricordiamo in proposito quanto già esposto più addietro

(al n. 160). Però qui il testo esclude, che la deroga si estenda alle norme di competenza per valore. Ciò significa in sostanza, che se il contenuto (ammontare) della domanda di eventuale indennità contro il garante, sia di valore superiore al limite di competenza per valore dell'autorità adita per la causa principale, la domanda di indennità dovrà esser proposta, come si dice, « in separata sede », secondo le norme ordinarie di competenza. Il che non esclude, che anche in questo caso il garante possa esser chiamato dal garantito ad intervenire nello stesso processo all'unico effetto di difenderlo contro il comune avversario. Ma in questo caso non avremo una riunione di cause, bensì una chiamata di terzo nell'unica causa (principale) che prosegue (v. sopra il n. 160 già cit.).

L'art. 100 n. 2 e l'art. 102 si occupano della eccezione di compensanzione, che però secondo noi non dà luogo ad una riunione di cause, e di cui abbiamo già parlato (n. 182).

Finalmente l'art. 100 n. 3 e l'art. 101 si occupano della riconvenzione del convenuto contro l'attore, disponendo che, quando questa sia connessa alla domanda principale (nel senso già veduto al n. 153, in fine), possa esser proposta (come si disse allora) nello stesso processo, anche in deroga alle norme ordinarie di competenza per territorio. Quando però le domande in riconvenzione (connesse) eccedano i limiti di competenza per materia e valore del giudice adito con la domanda, la legge, per mantenere la riunione, dispone che esse debbano esser rimesse congiuntamente, al giudice di competenza superiore competente per la riconvenzione, nel luogo dove era stata promossa l'azione principale. Così va intesa, per lo meno secondo noi, la dizione inesatta ed oscura dell'art. 101 capov..

188 SULLA RIUNIONE di cause connesse, viene finalmente il terzo ordine di norme, e cioè di quelle date per il caso in cui le cause siano state separatamente proposte davanti a giudici diversi, mentre le norme di competenza (quelle ordinarie o quelle or ora ricordate, in deroga a quelle ordinarie) consentivano la riunione davanti allo stesso giudice e in un unico processo.

Nei casi del tipo dell' art. 98 si applicherà la regola dell'art. 104. Si potrà sollevare, cioè, davanti ai giudici prevenuti la eccezione di « litispendenza (di causa connessa) », come eccezione di improcedibilità, nel senso già veduto più sopra per il caso di una stessa causa promossa e ripromossa davanti a giudici diversi (v. sopra il n. 186). Sembra cioè. che la legge nell'art. 104 tratti promiscuamente e alla stessa stregua le ipotesi di una stessa causa promossa davanti a più giudici e la ipotesi, che siano state promosse davanti a più giudici diversi dalle cause a loro volta diverse e distinte, ma connesse fra loro nel senso dell'art. 98.

Però, quando quella riunione di cause non sia più proceduralmente possibile, viene meno la ragione di applicare lart. 104, e ogni processo proseguirà il suo corso separato. Non sarà più proponibile, cioè, davanti ai giudici successivamente aditi la eccezione di litispendenza per connessione e non si potrà neppure chiedere la sospensione del processo. Così avverrà, per esempio, se la causa promossa per prima sia già in appello e le altre siano ancora in primo grado.

Ben diverso logicamente deve essere il regime nel caso dell'art. 99. L'eccezione di improcedibilità per litispendenza, può esser data solo nella causa accessoria (dipendente) e al solo effetto di riunirla alla causa principale (e non viceversa), senza riguardo alla prevenzione. Se la riunione non sia più proceduralmente possibile, il corso della causa accessoria (dipendente) dovrà esser sospeso fino a decisione definitiva della causa principale, dopo di che il giudicato nella causa principale spiegherà i suoi effetti per le sorti di quella dipendente.

Nel caso di domanda di garanzia promossa separatamente, si applicherà, a nostro avviso, la stessa regola dell'accessorietà, ma con l'avvertenza che il giudicato nella causa principale avrà soltanto degli effetti riflessi in ordine alla causa di garanzia, nel caso in cui il garante non sia stato chiamato nella causa principale, neanche all'effetto di difendere il garantito (arg. anche dell'art. 1497 cod. civ.).

Nel caso di riconvenzione separatamente promossa . . . . non sarà più una riconvenzione (ma una azione separata).

Riteniamo tuttavia, che si possa proporre l'eccezione di litispendenza a sensi dell'art. 104, fino a che la riunione sia possibile. Quando non sia più proceduralmente possibile, deciderà il giudice (prevenuto), secondo le circostanze, se sia il caso di sospendere; secondo noi, dovrà sospendere quando il giudicato, che sia per formarsi nella prima causa, possa essere assorbente e normativo.

Possiamo chiudere l'argomento finalmente avvertendo, che anche quando sia controverso fra le parti se si tratti di cause connesse o non connesse, e, in ipotesi, dipendenti o non dipendenti per accessorietà l'una dall'altra, e quando questo abbia dei riflessi sulla competenza e sulla possibilità o necessità della riunione o sulla eventuale sospensione, per la decisione di tutte queste possibili controversie incidentali, si applicano le stesse regole che abbiamo accennate più sopra a proposito di regolamento di competenza. E il regolamento di competenza si può chiedere negli stessi modi e nelle stesse forme (v. sopra il n. 179).

Ecco un altro complesso di temi, sui quali la nostra legge attuale è imperfettissima, onde può esservi materia di auspicabili riforme.

189 PER ACCESSORIETÀ (di origine processuale e non sostanziale) è da ritenersi, che sia determinata infine la regola di competenza dall'art. 103; ma questa fa parte a sè, di fronte a tutte le altre, e deve considerarsi del tutto isolata e singolare, in quanto per certe controversie accessorie designa lo stesso giudice, anche là dove non sia possibile la cognizione nello stesso processo. Dispone l'art. 103: « Le azioni per pagamento di spese giudiziali, di onorarii di « procuratori e periti, di diritti ai cancellieri, agli usceri, di « salarii o mercedi ai tipografi e simili, sono di competenza « dell'autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa « che dette origine alle dette azioni. Per le cause di cassazione « si osserva il disposto dell'art. 571 ».

Non si tratta qui del regolamento dell'onere delle spese processuali fra le parti (su cui sopra, n. 152 e n. 94 e più oltre n. 263), ma delle azioni di terzi che hanno diritti a compenso

per l'opera prestata in occasione della causa. Qui è terzo (rispetto alla causa) anche il procuratore, che chiede il pagamento alla parte per la quale ha prestato il proprio ministero (per la ipotesi in cui chieda la « distrazione » a carico della parte avversa a quella da lui rappresentata, v. più oltre il n. 255). Riteniamo, che la disposizione si applichi anche agli avvocati (come avveniva per l'art. 379 cod. proc. civ. ora sostituito dall'art. 4 del r. d. 7 agosto '36 n. 1531 sul procedimento per ingiunzione). I tipografi per il processo di cognizione pensiamo invece che non c'entrino (come non c'entra la dattilografa e lo scrivano), dove la loro prestazione non sia prescritta dalle leggi di procedura per la inserzione di avvisi ecc. (cfr. art. 64 del codice e legge 30 giugno 1876 n. 3115).

L'art. 103 deroga alle norme ordinarie per materia e valore e per territorio e anche per grado. Così l'azione per prestazioni avvenute, per esempio, in una fase davanti ad una corte d'appello, va esercitata davanti alla stessa corte e la relativa sentenza è inappellabile, perchè non c'è altro giudice, al quale si possa appellare. Per quanto al disposto dell'art. 571 richiamato in fine dell'articolo avremo occasione di ricordarlo più avanti (n. 192).

§ 11. — *Competenze successive « per grado » e per altre vicende di uno stesso processo.*

190 COMPETENZE SUCCESSIVE nel corso del procedimento possono aver luogo, come abbiamo avvertito da principio (n. 175, in fine), quando esso possa esser portato successivamente davanti a giudici diversi, senza rimanere con questo interrotto o troncato.

Qualche caso lo abbiamo già visto per implicito (pur senza porlo in particolare rilievo da questo punto di vista), nei casi di cause connesse, separatamente promosse, e in cui venga proposta ed accolta una eccezione di litispendenza o che vengano rimesse ad altro giudice attraverso un regolamento di competenza. In questo caso la domanda deve esser riproposta al giudice designato dalla legge o

dalla sentenza regolatrice, per la riunione delle cause. Questo di per sè, non spezza o non tronca secondo noi, il processo, che era stato in origine separatamente promosso. Spostandosi, la causa cambia giudice, ma virtualmente il processo iniziato continua, in quanto viene a fondersi e confondersi, per assorbimento, dentro al processo che ormai si estenderà a tutte le cause riunite. Soltanto quando la parte, dopo che sia stata accolta la eccezione di litispendenza o regolata la competenza, ometta o ritardi la riproduzione (riassunzione) della causa davanti al giudice designato, questa sua inerzia potrà produrre la estinzione della procedura, per quel fenomeno che studieremo a suo tempo sotto il nome di perenzione, e che può verificarsi del resto nel corso di qualunque altro processo.

Questa continuità ha una notevole importanza pratica, perchè, per esempio, non verrà meno la efficacia interruttiva della originaria costituzione del processo sulle prescrizioni in corso (art. 2125 cod. civ. in relazione all'art.2128), continueranno a decorrere gli interessi moratorii (art. 1223 e 1231 cod. civ.). ecc.. D'altro canto, gli atti processuali compiuti dalle parti nella prima fase conserveranno efficacia (in quanto la loro natura lo consenta), anche nella continuazione, dopo la riunione (così, per esempio, : offerte e produzioni di prove, sperimento di prove orali, soluzioni di questioni incidentali non influenzate dalla riunione ecc.).

Ma, a parte questi ed alcuni altri casi particolari, il fenomeno di gran lunga più importante, che dà luogo a competenze successive, è quello delle impugnative delle sentenze.

191 LE IMPUGNATIVE ammesse dalla legge contro le sentenze, qualche volta danno luogo ad una riapertura del procedimento davanti allo stesso organo : tali sono la opposizione del contumace e la revocazione. Si può aggiungere anche la opposizione di terzo, se la si voglia considerare, a sua volta, come una impugnativa (sopra, n. 162). E per queste, dal punto di vista della competenza, non c'è altro da aggiungere. Ad organi diversi vanno proposti invece l'appello e il ricorso per cassazione. E in conseguenza della cassazione, il processo può avere un seguito davanti al giudice di rinvio.

L'appello è un mezzo di impugnativa ammesso, di regola, contro tutte le sentenze emanate in prima istanza o in « primo grado », cioè emesse dal giudice inizialmente adito. Rispetto a queste, si suol dire che il giudice di appello è giudice di « secondo grado » o di seconda istanza. Il suo compito è di riesaminare le questioni decise e quelle che avrebbero potuto o dovuto essere esaminate e decise con la sentenza, e ciò anche in base a quegli elementi nuovi, che possono essergli forniti dalle parti (nuove eccezioni e nuove prove). Al quale effetto, la ampiezza e i modi del dibattito e della cognizione in appello, e le funzioni rispettive del giudice e delle parti, si modellano in sostanza su quelle del primo grado, (su di che v. già nella parte generale il n. 86 e la illustrazione che ne faremo più oltre a suo tempo).

Soltanto eccezionalmente, alcune sentenze di primo grado sono sottratte al regime della appellabilità, come pure vedremo a tempo opportuno.

Prescindendo da questi casi, possiamo dire, in linea generale, che l'appello delle sentenze dei conciliatori si propone alla pretura, nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio di conciliazione. L'appello delle sentenze dei pretori, si propone di regola al tribunale, nel cui circondario ha sede la pretura (fuorchè nelle controversie individuali del lavoro, nelle quali si propone invece alla corte di appello, nel cui distretto ha sede la pretura). L'appello delle sentenze dei tribunali si propone alla corte d'appello, nel cui distretto ha sede il tribunale.

Soltanto quando sia in causa l'amministrazione dello Stato, ci può essere uno spostamento territoriale : l'appello dalle sentenze dei pretori e dei tribunali si deve proporre cioè al tribunale o rispettivamente alla corte di appello, dove ha sede l'avvocatura distrettuale della Stato, nel cui distretto le sentenze siano state pronunciate (art. 6 e 7 capov. della legge sulla difesa dello Stato, citati sopra al n. 185).

Se l'appello sia proposto a giudice incompetente, questo

deve dichiarare anche d'ufficio di non poterne conoscere, il che prende nella pratica forma e nome di dichiarazione di « inammissibilità » o « irricevibilità » (analoga a quella a cui può dar luogo un difetto essenziale di formalità, il mancato rispetto dei termini ecc.). Secondo noi, l'appello così rigettato, si dovrebbe considerare come non mai proposto, e quindi se siano decorsi nel frattempo i termini per impugnare la sentenza di primo grado, questa dovrebbe divenire irrevocabile (non più impugnabile), anzi dovrebbe considerarsi divenuta tale dal giorno della scadenza dei termini. Se i termini non siano scaduti, l'appello potrà esser riproposto al giudice competente.

A questi effetti non c'è ragione di distinguere, sempre secondo noi, fra competenza (per l'appello), che si determina in ragione del tipo dell'organo e competenza, che si determina in relazione alla sede. La designazione della legge dovrebbe ritenersi inderogabile sotto l'uno e sotto l'altro aspetto, perchè determinata da ragioni attinenti all'ordinamento giudiziario, e cioè di carattere tutto diverso da quelle per cui si determina la competenza in primo grado (v. sopra n. 175). Tuttavia la giurisprudenza ha avuto qualche oscillazione nella applicazione di questi criterii, ed ha ritenuto tavolta, che l'appello proposto a giudice incompetente (sopratutto se incompetente per ragione di sede) consenta al giudice adito di rimettere le parti a quello competente, salvando la parte dalle conseguenze del decorso dei termini.

Il ricorso per cassazione è un mezzo di impugnativa proponibile contro le sentenze di secondo grado (e anche contro certe sentenze definitive di merito, dichiarate inappellabili dalla legge), col quale si può chiederne l'annullamento (in senso processuale) per difetti di competenza, per nullità di procedura oppure per errori di diritto nella formazione intrinseca (di contenuto) della pronuncia, come vedremo sempre a suo tempo.

La corte di cassazione, come sappiamo, è unica per tutto il Regno e quindi in un certo senso non sorgono rispetto ad essa problemi o questioni di competenza, in senso proprio.

Ci sono dei casi in cui la corte deve pronunciare « a sezioni unite », cioè con un collegio giudicante di quindici anzichè di sette membri, ma questa (bene o male) viene trattata come disposizione interna sul suo funzionamento, piuttosto che come una regola di competenza, fra organi diversi.

Dopo la cassazione, e per il seguito che può avere il
192 processo, nuove regole divengono necessarie e possono sorgere nuovi problemi.

Intanto, quando il ricorso venga rigettato o rinunziato, spetta all'autorità giudiziaria la cui sentenza era stata impugnata, conoscere delle controversie sulla esecuzione della sentenza di cassazione, per ciò che riguarda spese, danni del processo ecc. (art. 571 alinea).

Quando il ricorso venga accolto, la corte cassa (cioè annulla processualmente) la sentenza impugnata, e può dare certe statuizioni che vedremo, ma in nessun caso può decidere essa stessa del merito della causa. E qui bisogna distinguere circa la possibilità di un seguito.

Quando cassi « per il motivo che l'autorità giudiziaria non poteva pronunciare », essa (come è logico) si ferma qui e « non ordina » neppure il rinvio della causa ad altro giudice (art. 543 ultima parte).

Il processo non ha più seguito per il merito. Può essere però che rimanga ancora da provvedere su quanto si fosse conseguito in dipendenza della sentenza cassata, sulle spese ecc.. La relativa competenza è demandata per legge (art. 571, u. c.) alla autorità giudiziaria, la cui sentenza è stata cassata. Qui si può dire che c'è una competenza superstite, per le conseguenze derivate dal fatto del processo, dove c'era e c'è viceversa incompetenza (assoluta) per il merito della domanda.

Quando la corte cassa per incompetenza non dell'autorità giudiziaria, ma di quel determinato giudice che era stato adito in primo grado (ciò che si ripercuote nella incompetenza del giudice di appello come tale: cfr. il n. 175 in fine), « statuisce sulla competenza e rimanda la causa alla autorità competente ». (art. 543 al.). Questa espressione sem-

brerebbe voler dire che il processo non si chiude con la cassazione, ma, purchè venga ripreso davanti al giudice competente, prosegue. Ciò che per altro lascia qualche grave dubbio. Comunque, per quanto concerne la competenza per il merito, qui abbiamo una sentenza regolatrice (cfr. anche sopra, n. 179), la quale tronca ogni altra possibile questione in proposito.

Finalmente, quando la corte accolga il ricorso per altri motivi, cassa e « rimanda la causa ad altra autorità giudiziaria eguale in grado a quella che pronunciò la sentenza cassata » (art. 543 capov.). Questo giudice « di rinvio » deriva dunque, in questo caso, la sua competenza dalla designazione della corte di cassazione e non direttamente dalla legge. Anzi questa designazione opera, in un certo senso, una sostituzione di un altro giudice a quello primitivamente designato dalla legge. Davanti al nuovo giudice sarà nuovamente trattata la causa, ed egli ne conoscerà (sperabilmente senza sbagliarsi e senza incorrere in altre nullità), come ne aveva conosciuto (male) il giudice, la cui sentenza è stata cassata. Il processo in questo caso, è certo che non si spezza o non si tronca, per effetto della cassazione della sentenza. Come aveva proseguito passando dal giudice di appello alla corte di cassazione, non si spezza passando dalla corte di cassazione al giudice di rinvio (salvo che per inerzia delle parti non sopravvenga nel frattempo la perenzione).

Al giudice di rinvio spetterà anche conoscere delle controversie riguardanti la restituzione di quanto si fosse conseguito in dipendenza della sentenza cassata, spese e danni del processo ecc. (art. 571 capov.).

Ma a questo non si limita l'effetto del rinvio. Se la causa, a seguito di provvedimenti del giudice di rinvio o delle vicende che essa possa subire frattanto in primo grado (quando non sia stata cassata una sentenza definitiva del merito, ma una interlocutoria), dia luogo a nuove fasi di procedimento, il giudice di rinvio resta sostituito, anche per queste altre fasi, al giudice di appello primitivamente designato dalla legge. Ciò si desume dall'art. 543 capov., secondo

il quale la corte di cassazione rimanda al giudice di rinvio « la causa » (tutta la causa), e non solo la fase che ha dato luogo alla sentenza cassata.

Contro la sentenza del giudice di rinvio, le parti possono nuovamente ricorrere in cassazione per altri motivi o, se il giudice di rinvio abbia nuovamente deciso nello stesso senso del primo giudice di appello, anche per gli stessi motivi.

Se il nuovo ricorso venga accolto, si avrà una nuova designazione di altro giudice di rinvio, che resterà sostituito ad ogni effetto sia al primo giudice di appello, che a quello del primo rinvio. Però, se la sentenza sia impugnata e cassata per gli stessi motivi, la corte di cassazione deciderà a sezioni unite. Il nuovo giudice di rinvio dovrà conformarsi in tal caso alla decisione della corte sul punto di diritto, sul quale essa ha pronunciato (art. 547).

Restano con questo sistema varie incertezze, sopratutto per il caso di cassazione per nullità di procedura. E tutto il sistema poi, nel suo complesso, parrebbe veramente meritevole di revisione in sede di una eventuale riforma.

Gioverà avvertire, per chiudere, che da parecchio tempo la corte di cassazione ritiene di poter rinviare anzichè ad altro giudice, a quello stesso che aveva pronunciata la sentenza cassata, prescrivendo soltanto, che la causa sia assegnata ad una sezione diversa. Anche se militino in questo senso delle ragioni pratiche, ciò sembrerebbe contro la legge (ma chi cassa la cassazione ?).

CAPITOLO TERZO

LE PARTI, CAPACITÀ, RAPPRESENTANZA, MINISTERO DEI PROCURATORI E DEGLI AVVOCATI

SOMMARIO: § 12. Capacità di esser parte e capacità di stare in giudizio; rappresentanza ed assistenza in giudizio. — § 13. Il difetto di capacità, rappresentanza od assistenza negli «atti di procedura» e nel processo. — § 14. Prescrizioni legali circa i requisiti di capacità, rappresentanza od assistenza, necessaria o volontaria. — § 15. Il ministero dei procuratori e degli avvocati in giudizio.

§ 12. — *Capacità d'esser parte e di «stare in giudizio»; rappresentanza ed assistenza in giudizio.*

I REQUISITI o le condizioni soggettive che sono richiesti,
193 affinchè le parti possano efficacemente e validamente esercitare le proprie funzioni processuali (parte generale, nn. 85, 92 e segg. e, più oltre: cap. IV, e segg. di questa «parte speciale»), nel quadro didattico della trattazione rappresentano in un certo senso, rispetto alle parti, l'omologo del tema svolto nel capitolo precedente rispetto al giudice, sebbene dal punto di vista del regime giuridico si tratti per altro di regole e di istituti ben diversi.

Parti dell'azione e parti del processo non possono essere, per definizione, (nel senso di cui sopra ai nn. 154 e segg.), se non dei soggetti di diritto: persone fisiche o persone giuridiche (a proposito delle quali, cfr. la parte generale, n. 18 e seg. e n. 38). Che se, talvolta, un processo nominalmente

può sorgere, come vedremo, nei confronti di una pretesa persona giuridica che tale non è, ciò può avvenire solo per un fenomeno di conversione nei confronti dei suoi pretesi o sedicenti rappresentanti in proprio (più oltre n. 200).

Ma altro è « l'esser soggetto di diritto » e altro è l'esser « capace di agire » (cfr. parte generale n. 25).

LA CAPACITÀ e la legittima assistenza o rappresentanza,
194 è precisamente il primo punto sul quale adesso ci dobbiamo soffermare.

In linea generalissima riteniamo di poter porre, in proposito, questo parallelo: come nel campo del diritto sostanziale, per esercitare validamente un diritto o per disporne mediante atti o negozii giuridici, si richiede, che il titolare sia personalmente capace di agire o altrimenti sia legittimamente rappresentato od assistito (parte generale, n. 25), così gli stessi requisiti si richiedono, anche per poter spiegare validamente le attività processuali necessarie ad esercitare una azione o a difendersi contro una azione altrui. Il che suol esprimere la pratica, mettendo a sua volta in parallelo la capacità di agire, nel campo del diritto sostanziale, con la capacità di « stare in giudizio », nel campo del diritto processuale.

Per rendersi conto di questo parallelo, del resto abbastanza intuitivo, basta aver presenti le conseguenze, che possono avere sul diritto sostanziale i provvedimenti finali del giudice e il formarsi del giudicato (cfr. parte generale; n. 46 e segg. e 77 e segg.), le responsabilità, nelle quali si può incorrere nel processo per spese e per danni (parte generale, n. 94), le valutazioni del proprio interesse, che occorrono quindi per deliberare se convenga agire o rispettivamente resistere in giudizio (parte generale, n. 148 e segg.), la avvedutezza e le attività, che sono richieste per armare il proprio diritto alla difesa o alla offesa (n. 133 e segg.) e per condurre il processo e le conseguenze, che possono derivare da errori o da negligenze di condotta (come risulterà meglio dallo studio, che faremo, delle funzioni delle parti nei successivi capitoli, ma già si può vedere, del resto, da quanto accennato nella parte generale).

Si intende, a questo proposito e una volta per sempre, che quando, nel seguito di questo capitolo e anche nei capitoli successivi, parliamo e parleremo di « legittima rappresentanza », intendiamo e intenderemo alludere anche alla rappresentanza (organica) delle persone giuridiche (parte generale nn. 21 e segg.); non perchè le persone giuridiche siano per definizione incapaci, ma perchè per definizione non possono agire nè stare in giudizio se non per mezzo di organi, investiti dei necessarii poteri e incarnati in ciascun momento in determinate persone fisiche.

§ 13. — *Il difetto di capacità, rappresentanza od assistenza negli « atti di procedura » e nel processo.*

IL DIFETTO di capacità o di legittima rappresentanza
195 od assistenza, dà luogo, nel campo del processo, a conseguenze sensibilmente e necessariamente diverse da quelle, che si verificano nel campo dei negozii giuridici. Anche questo è intuitivo, sol che si tenga presente la particolare struttura del fenomeno processuale (parte generale, nn. 85, 92 ecc.).

Le funzioni delle parti nel processo (alle quali si allude nella pratica con la espressione « stare in giudizio »), si esercitano naturalmente mediante delle attività, che si concretano in « atti processuali » o « di procedura » (su di che, v. più oltre il cap. VII). Questi però non operano direttamente (in sè e di per sè) sul diritto sostanziale, in quello stesso modo in cui operano i negozii giuridici; bensì concorrono soltanto nel loro complesso, e cioè attraverso il concorso e il concatenamento di ciascuno con tutti gli altri e anche con quelli (stromentali) del giudice, a determinare l'emanazione e il contenuto del provvedimento finale. È soltanto quest'ultimo che spiegherà poi sul diritto sostanziale quegli effetti che già conosciamo (di accertamento, costitutivi ecc. ecc.). Si capisce facilmente, come da questa loro posizione elementare

(di fattori di un fenomeno più complesso), debba derivare un particolare regime giuridico degli « atti di procedura ».

Purtroppo ne deriva in modo altrettanto inevitabile, che questo regime meno facilmente può ridursi a linee schematiche e semplici. Bisogna anche aggiungere, che è stato assai meno attentamente studiato. Converrà pertanto, che ci limitiamo a dare alcuni criteri che riteniamo più sicuri, e qualche esempio tipico della loro applicazione.

Il difetto di capacità o di legittima rappresentanza od assistenza, è considerato per i singoli atti di procedura, come per i negozii giuridici, « vizio » dell'atto, che ne produce o ne determina la « nullità ». Fondamentalmente questa nullità è introdotta, come nel campo dei negozii giuridici, a tutela e quindi a favore della parte incapace.

Fin qui si possono utilizzare concezioni e nozioni del diritto sostanziale, che riteniamo ben note da altri insegnamenti, e sulle quali qui non ritorneremo.

Le peculiarità del regime processuale derivano invece prima di tutto dalla struttura, che, in ragione del loro fine e del loro concatenamento nel processo, devono assumere i singoli atti delle parti, isolatamente considerati, e poi dal concatenamento medesimo, considerato nel suo complesso (il che meglio forse può intendersi quando si tenga presente quel concetto di rapporto processuale, già prospettato nella parte generale, n. 85, in fine).

Di regola, gli atti di procedura sono unilaterali, ma recettizii, cioè diretti prima di tutto da una parte all'altra o contro l'altra, e poi portati a conoscenza del giudice per gli effetti delle sue determinazioni. Ciò posto, i requisiti di capacità, assistenza, rappresentanza, ecc. possono entrare in giuoco (ma in diverso senso) da due lati: dal lato della parte che compie l'atto, e dal lato della parte verso la quale o contro la quale l'atto, è diretto.

Atti unilaterali recettizii ce ne sono anche nel campo dei negozii giuridici di diritto sostanziale. Ma qui, nel processo, assumono dei caratteri strutturali sensibilmente diversi.

Di regola ciascun atto di parte viene compiuto dalla parte stessa nel proprio interesse, cioè per sollecitare il corso

del processo e determinare (possibilmente) provvedimenti o determinazioni del giudice a favor proprio. La esigenza della comunicazione all'altra parte (da cui il carattere recettizio dell'atto rispetto ad essa) è introdotta in questi casi (e qui cominciano le peculiarità degli atti processuali), affinchè l'altra parte sia posta in grado di difendersi, di contestare, di contrapporre le proprie ragioni, di influire sul corso del processo in senso opposto o diverso o, quanto meno, concorrente. Conseguenza: di regola deve esser capace o altrimenti bene rappresentata o assistita, la parte che agisce (affinchè bene siano promossi o fatti valere i suoi interessi). Altrimenti l'atto sarà viziato e nullo. Ma di regola bisognerà altresì, che l'atto sia diretto e comunicato a parti, che siano a loro volta capaci o altrimenti a chi legittimamente le rappresenta o alle parti stesse e a chi deve assisterle, affinchè a loro volta siano poste in grado di provvedere, nel seguito, agli interessi proprii. Altrimenti l'atto sarà viziato e nullo per questo verso, sebbene compiuto da una parte capace.

Soltanto rade volte avviene, che l'atto di una parte giovi e non nuoccia all'altra. Così avverrà, per esempio, nel caso di confessione giudiziale (pura e semplice) o di altri atti analoghi. E allora può anche essere, che la incapacità della parte alla quale l'atto è diretto rimanga irrilevante, perchè non può esser rilevata dalla parte capace che lo ha compiuto, in quanto la nullità non è introdotta a suo favore, non dall'altra, incapace, perchè ne è favorita e non ha interesse a rilevarla, salvo sempre, che la ragione di rilevarla o di sollevarla non sorga dal concatenamento con altri atti.

196 Dal concatenamento o dal coordinamento di tutti i singoli atti nel fenomeno (rapporto giuridico) processuale complessivo, deriva innanzitutto quest'altra conseguenza: che la nullità di un atto si ripercuote nella nullità consequenziale degli atti successivi, anche di altri soggetti e del giudice stesso, che ne siano dipendenti o che vi siano inscindibilmente coordinati. Qualche volta può ripercuotersi perfino

a tergo, cioè sopra degli atti anteriori, quando questi perdano valore e significato, se non siano pienamente efficaci e validi quelli successivi. Di qui deriva, che la nullità di singoli atti di parte può talvolta dilagare nel processo, fino a sboccare in una nullità della pronuncia finale, che ne risulti, sebbene questa sia atto del giudice.

Di qui, poi, un'altra conseguenza ancora, ulteriore e peculiare al processo. La nullità fondamentalmente è introdotta, come dicevamo, a tutela ed a favore delle parti incapaci. Quindi, guardando ai singoli atti, dovrebbe derivarne, che soltanto la parte incapace (o chi per essa) possa rilevarla, nel proprio interesse. Ma se la nullità dell'atto, ripercuotendosi o dilagando nel processo, possa portare ad una nullità della sentenza finale, anche il giudice evidentemente deve preoccuparsene, non solo e non tanto perchè egli sia investito di una tutela di ufficio degli interessi dell'incapace, quanto perchè egli non può esser posto in condizioni di pronunciare una sentenza, che risulti poi, a sua volta, viziata di nullità.

Può essere, per conseguenza, che il giudice, rilevando l'incapacità di una parte o il fatto che gli atti di una parte capace siano stati diretti o rivolti verso o contro un incapace, debba decidere ... di non poter decidere, con una certa analogia con quello che avviene quando il giudice rilevi la propria incompetenza (v. sopra n. 152 e 175). Non solo, ma, in queste condizioni, anche la parte capace può additare al giudice le nullità degli atti (e perfino degli atti proprii, in quanto diretti o rivolti ad un incapace), sempre per evitare il fenomeno, che si arrivi ad una sentenza finale viziata o nulla.

Però qui trova luogo finalmente un'altra avvertenza (e sarà l'ultima sulla quale ci soffermeremo). Quando la parte capace, trovandosi di fronte ad un incapace, abbia avuto cura di compiere, per quanto la riguarda, i proprii atti in modo efficace e valido, dirigendoli o rivolgendoli al legittimo rappresentante dell'incapace (o se si tratta di un imperfettamente capace a lui stesso e a chi deve assisterlo), da lei non si può pretendere di più. Ha fatto quel che

doveva fare. Se poi avvenga che l'incapace risponda o si difenda con atti nulli (perchè compiuti da lui medesimo e non dal suo rappresentante o senza l'assistenza prescritta o senza le volute autorizzazioni), ciò non deve ricadere a danno della parte capace. Questa non ha alcuna responsabilità di quello che succede, e non spetta a lei porvi rimedio (e di solito non ne avrebbe neanche la veste). La responsabilità è di chi avrebbe dovuto rappresentare o assistere l'incapace. Allora la parte capace può rilevare la nullità, non già all'effetto che il giudice decida di non poter decidere, ma, se è possibile, all'effetto che il giudice prescinda dagli atti nulli, o li scarti per così dire, dal materiale del processo e decida unicamente in base agli atti validi. Altrimenti essa (parte capace) resterebbe paralizzata, per fatto o per negligenza altrui, e posta nella impotenza di far valere le proprie ragioni. Il che evidentemente non può esser consentito, senza offesa alla giustizia.

CIRCA LE SANATORIE basterà dire, che soltanto la parte
197 incapace (se acquisti o riacquisti la capacità) o chi per lei, può sanare, con proprii atti successivi o col proprio contegno processuale, le nullità derivanti dalla incapacità (e che fondamentalmente, come abbiamo detto, sono introdotte dalla legge a suo favore).

La sanatoria può derivare da atti espressi e deliberatamente rivolti a questo effetto, nel qual caso essi vengono a costituire, nel campo del processo, atti paralleli ed analoghi a quelli di ratifica nel campo dei negozii giuridici di diritto sostanziale, cosicchè con le dovute cautele si possono trasportare per analogia anche a quelli le regole proprie di questi (cfr. art. 1309 al. cod. civ.). Naturalmente quando la nullità di un atto si sia ripercossa o abbia dilagato nel processo, la ratifica dell'atto o degli atti nulli a sua volta si ripercuote, assumendo la stessa estensione (del che, deve avere notizia e coscienza colui che ratifica).

Ma ci sono anche delle sanatorie, che si possono verificare in modo tacito ed automatico. Quando vi siano

stati degli atti di procedura nulli per incapacità e la parte, dopo cessata l'incapacità, o per essa il suo legittimo rappresentante (od essa medesima, se sia imperfettamente capace, ma legittimamente assistita) abbia dato seguito alla serie degli atti processuali e risulti che essa (o chi per lei) lo ha fatto, conoscendo il vizio degli atti precedenti, a nostro avviso, non può più insorgere più tardi contro il fatto proprio, e sostenere che il vizio e la nullità di quegli atti continua a spiegare i propri effetti. In questo caso veniamo ad avere qualche cosa di simile ad una ratifica tacita, sebbene, per così dire, attiva (analogia all'art. 1309 capov.).

Finalmente, la sanatoria può derivare anche da preclusioni legali, nel silenzio o nell'inerzia (contegno passivo) della parte, che potrebbe sollevare la nullità.

Questo può avvenire però, a nostro avviso, soltanto quando vi siano di mezzo dei termini perentorii.

Dei termini perentorii sono prefissi, per esempio, dalla legge per impugnare le sentenze (anche per motivi di nullità). Ora supponiamo, che in un processo vi siano stati degli atti nulli per incapacità e che la nullità non sia stata rilevata, cosicchè essa si ripercuota in una nullità della sentenza. Quando la parte incapace, dopo che sia divenuta o ridivenuta capace oppure il suo legittimo rappresentante (od essa medesima, se sia imperfettamente capace, e con lei anche chi deve assisterla) siano stati legalmente posti in grado (e, come si dice in pratica, «in mora») di impugnare la sentenza, e non la impugnino, per la nullità derivante dalla incapacità, nei termini di legge, la sentenza, secondo noi, diventa irrevocabile; e quindi la nullità resta automaticamente sanata.

Ci rendiamo conto della complicazione e della difficoltà di applicazione di tutti questi criterii relativi alla nullità, alle sue varie conseguenze e alle eventuali sanatorie. Ma se ci abbandonassimo qui ad una casistica relativa ai singoli atti processuali (che sarebbe, del resto, prematura, perchè non abbiamo ancora passate in rivista le loro singole figure), non faremmo che imbrogliare sempre di più le cose o meglio le idee.

Preferiamo prendere un esempio, che è poi quello capitale fra tutti, il solo veramente importante in pratica, e cioè l'esempio della nullità per incapacità (o per difetto di legittima assistenza, rappresentanza ecc.) dell'atto introduttivo del processo, di quell'atto da cui il processo stesso prende vita, e che già sommariamente conosciamo: l'atto di citazione. Lo studio di questo caso esemplare, pensiamo che possa dar lume anche per gli altri casi (assai più rari) che possono presentarsi in pratica.

198 La citazione può esser fatta o meglio promossa personalmente da una parte incapace (non assistita, non rappresentata ecc.). L'atto sarà nullo e ne deriverà un vizio originario nella costituzione stessa del processo, che (se non sia sanato) si ripercuoterà e si perpetuerà necessariamente in tutti gli atti successivi (tutti più o meno dipendenti da quello, che ne rappresenta la premessa necessaria).

Ma all'attore incombe l'onere di costituire bene (legittimamente) il processo, anche per quel che riguarda il convenuto o i convenuti, mettendoli in grado di difendersi efficacemente. Questo è proprio lo scopo essenziale dell'atto di citazione rispetto a loro. Per conseguenza, se rivolga e faccia notificare la sua citazione personalmente ad un incapace (anzichè a chi possa e debba legittimamente rappresentarlo in giudizio), avremo anche in questo caso una nullità dell'atto, che si traduce in un vizio originario della costituzione del processo, e che si perpetuerà e ripercuoterà nel seguito, come nel caso precedente.

Tanto in un caso come nell'altro, la nullità potrà essere rilevata in corso di procedimento dallo stesso incapace o da chi lo rappresenti (e che intervenga a questo effetto in giudizio); ma potrà esser rilevata anche dalla parte capace (tanto se sia convenuta in giudizio quanto se sia proprio lei, parte capace, che porta la responsabilità di aver citato male) e anche dal giudice d'ufficio. Ed in ogni caso il giudice, rilevata la nullità, dovrà dichiararla e consequenzialmente dovrà decidere di non poter conoscere del merito (con una sen-

tenza, che porrà quindi fine al processo, ma lasciando impregiudicato per l'avvenire il merito stesso).

E' certo infatti, che il giudice non può decidere del merito prescindendo dalla citazione, che nel processo è la base di tutto; decidere tenendo conto (per il merito) della citazione non può, perchè è nulla. Bisogna per forza che dichiari di non poter decidere del merito.

Questo può essergli fatto rilevare, come dicevamo, anche dalla parte capace, perchè se la nullità non fosse rilevata, si ripercuoterebbe in una nullità della eventuale sentenza di merito. Ora la stessa parte capace non può esser costretta a proseguire un procedimento, che darebbe luogo ad una sentenza nulla; e tanto meno può il giudice impiegare (o meglio sprecare) la sua attività di organo pubblico, per arrivare ad un risultato di questo genere.

Nè varrebbe l'opporre, che la nullità è a favore dell'incapace e che soltanto a lui dovrebbe esser concesso di impugnare la sentenza nulla, nel caso che il giudice pronunci e decida nel merito. La cosa è dubbia (v. sotto). Comunque, anche con questa limitazione, resterebbe pur sempre vero, rispetto al giudice, che egli corre rischio di aver sprecata la propria attività; e resterebbe vero per l'altra parte (capace) che non la si può costringere a proseguire il processo per arrivare ad una sentenza, che possa poi esser tenuta ferma o fatta cadere per motivi di nullità, secondo che piaccia alla controparte (incapace).

Però siccome la nullità è introdotta fondamentalmente a favore dell'incapace, riteniamo possa esser sanata da parte sua, prima che il giudice rilevi la nullità e declini per conseguenza di conoscere del merito. Il che potrà avvenire, se l'incapace stesso nel corso del processo acquisti o riacquisti la capacità e dichiari o dimostri di rinunciare ad ogni eccezione di nullità, anzi di tenere per validi tutti gli atti già compiuti, accettando il processo nello stato nel quale si trova e proseguendolo per il merito. Oppure potrà anche esser sanata da un intervento di chi deve assisterlo o legittimamente rappresentarlo, assumendo con lui, al suo fianco o in suo nome, la continuazione del processo. Non sussiste più in questo caso una ragione od un legittimo interesse delle altri parti, nè una ragione per il giudice, di ritenere la improcedibilità del giudizio e di declinare la decisione del merito. La nullità cessa di avere rilevanza.

Resta a vedere, che cosa può succedere, se la nullità non venga sollevata da nessuna parte, il giudice non se ne accorga, e pronunci nel merito. Nulla, in questo caso, dicevamo, la sentenza. Ma come si farà valere la nullità?

Non c'è dubbio che, fino a che siano proponibili dei mezzi di impugnativa, ammessi dalla legge, l'incapace, o chi per lui, possa valersene per far dichiarare quella nullità. E i termini per impugnare non decorreranno, se la sentenza stessa non sia stata validamente notificata, non già all'incapace, ma a lui medesimo dopo che abbia acquistata o riacquistata la capacità oppure al suo legittimo rappresentante oppure a lui stesso (se è imperfettamente capace) e a chi deve assisterlo.

Però, se la sentenza venga validamente notificata, e non venga impugnata in termini, secondo noi, essa diventa irrevocabile, e la nullità resta sanata, perchè, in questo caso, c'è un fatto od un contegno negativo di chi (dopo la valida notifica) era ormai messo in grado di difendersi impugnando, contegno tale da determinare la preclusione dei possibili rimedii.

Dubbio rimane invece per il caso in cui sia stata soccombente la parte capace e sia essa stessa, per conseguenza, che vuol impugnare la sentenza contro l'incapace. Potrà impugnarla allegandone la nullità, sebbene questa nullità sia introdotta a favore dell'incapace e non a favor suo? Riteniamo (dubitativamente) di sì, perchè sarebbe contro giustizia imporle di subire una sentenza sbagliata. Ma bisognerà che proponga la impugnativa notificando «bene», cioè non all'incapace, ma a chi per lui. Questi allora o ratificherà la fase precedente, e la impugnativa avrà corso per il merito. O negherà la ratifica, e cadrà la sentenza.

Ma facciamo adesso l'ipotesi che l'attore citi «bene» un incapace, dirigendo e notificando la citazione al suo legittimo rappresentante. Senonchè l'incapace (citato «bene») compare «male», e cioè compare personalmente oppure compare per lui chi non possa rappresentarlo. Avremo, in

questo caso, una nullità degli atti di difesa della persona citata. Questo provocherà (come nel caso precedente) una improcedibilità del giudizio e costringerà il giudice a declinare di decidere? Riteniamo di no, perchè questo tornerebbe ad ingiusto danno dell'attore, che non ne ha colpa. E d'altro canto qui, se l'attore fa tutto quello che processualmente occorre per far decidere la causa, si può benissimo prescindere dagli atti (nulli) della parte convenuta. Crediamo pertanto che l'attore possa chiedere la decisione del merito, e che il giudice in questo caso possa validamente pronunciare, considerando la persona, bene citata ma malamente comparsa, come se fosse assente dal giudizio (« contumace »: v. più oltre il cap. V, § 30), e cioè come se non avesse compiuto nessun atto (valido) di difesa.

Con che abbiamo dato l'esempio della diversa serie di conseguenze, che può avere, secondo i concetti ed i principii posti più sopra, e a seconda delle circostanze, la nullità degli atti per incapacità o per difetto di legittima rappresentanza od assistenza.

199 PRESUPPOSTI del processo, secondo questi criterii, non possono mai qualificarsi i requisiti di capacità, assistenza o rappresentanza delle parti, perchè, anche se essi facciano difetto fin dall'origine, il processo nasce egualmente. Può essere, che il giudice debba declinare, come abbiamo visto, di decidere il merito. Ma declinando, emette pur sempre, in questo senso, una valida sentenza. Questo vuol dire, che il processo almeno a questi effetti era nato, tanto più che, per arrivare a questo risultato, può anche essere che il giudice abbia dovuto risolvere e decidere, con quella sentenza, delle questioni pregiudiziali, controverse e controvertibili, di fatto e di diritto, sulla sussistenza delle condizioni di capacità, di rappresentanza ecc..

Questa sentenza (di « non luogo» a decidere del merito), anche quando sia divenuta irrevocabile, non ha vera e propria autorità di cosa giudicata a sensi degli artt. 1350 e 1351 cod. civ.. L'autorità di cosa giudicata si forma soltanto in ordine all'azione in senso sostanziale e cioè al

merito, mentre qui il merito resta impregiudicato. Però pensiamo che la sentenza vincoli il giudice che l'ha pronunciata, nel senso che, se la stessa domanda sia riproposta nelle stesse condizioni, egli non possa più riesaminare da capo la questione pregiudiziale e deciderla diversamente. In tutto questo si manifesta quella analogia con la sentenza che dichiara la incompetenza, che abbiamo già più sopra rilevata (sopra n. 196 e v. i nn. 152 e 175).

Possiamo concludere pertanto, che i requisiti di capacità, di legittima rappresentanza od assistenza delle parti devono concepirsi, allo stesso modo di quelli di competenza del giudice, come presupposti non già del processo, bensì soltanto di una valida e legittima decisione del merito.

Quando la responsabilità di atti nulli ricada su di una parte capace, essa potrà esser condannata nelle spese ed eventualmente anche nei danni. Anche per questo lato il processo porta a delle effettive e valide conseguenze giuridiche.

Quando la nullità degli atti dipenda invece esclusivamente dalla stessa parte incapace, riteniamo che non si possa spingere la tutela a suo favore sino ad esonerarla anche dal carico delle spese, rovesciandole sulle spalle della parte capace, alla quale nessuna responsabilità ne incombe. Ciò però, semprechè la parte capace rilevi immediatamente la nullità, in modo da impedire la prosecuzione del processo e la moltiplicazione degli atti nulli. Se non la rilevi, la responsabilità degli atti successivi può farsi risalire anche a lei, ed è giusto che paghi.

200 UNA CONVERSIONE od una specie di conversione del processo, per cui a certi effetti viene ad essere considerata come parte non più (o non più soltanto) la parte rappresentata od assistita, ma la persona stessa che la rappresenta o la assiste o che pretende rappresentarla, trova menzione in un caso nella legge. In altri casi deve necessariamente esser ammessa per analogia o per esigenze processuali indeclinabili.

Secondo l'art. 372 cod. proc. civ. chi (effettivamente) rappresenta od assiste altri in giudizio, può esser condan-

nato « in proprio » nelle spese « senza diritto a ripetizione », quando abbia promosso o sostenuto azioni o difese palesamente infondate, senza o contro il vero interesse del rappresentato o dell'assistito.

A maggior ragione e con più ampii effetti, deve ammettersi una conversione dello stesso genere nella costituzione del processo, nei casi di pseudo–rappresentanza o di illegittima rappresentanza in giudizio, in quanto il pseudo–rappresentante può esser considerato parte del giudizio in proprio, all'effetto di discutere e far decidere della sua qualità, e può esser condannato anche in proprio nelle spese e nei danni, se, in conclusione, la qualità gli venga negata.

Questo spiega come un processo possa sorgere perfino nel nome o contro il nome di una sedicente o pretesa persona giuridica, che come tale non esista (sopra, n. 193, in fine). Il processo nascerà infatti, in quanto taluno, asserendone la esistenza, se ne asserisca legittimo rappresentante oppure, asserendone l'esistenza, agisca contro un preteso rappresentante. Bisognerà pure che il giudice verifichi, se la persona esiste o non esiste e se sussiste o non sussiste la rappresentanza. E la sentenza che lo escluda (declinando quindi di conoscere del merito), è pur sempre una sentenza legittimamente pronunciata. Però *a posteriori* dovrà considerarsi come parte, anche agli effetti delle spese ed eventualmente dei danni, unicamente il pseudo–rappresentante in proprio.

§ 14. — *Prescrizioni legali circa i requisiti di capacità, rappresentanza od assistenza, necessaria o volontaria.*

I REQUISITI di capacità necessarii per « stare in giu-
201 dizio », non sono positivamente determinati dal codice e dalle leggi di procedura, e neanche quelli relativi alla legittima assistenza, rappresentanza ecc.. Quel parallelismo, che abbiamo notato fin da principio, fra la capacità di agire nel campo del diritto sostanziale e la capacità di

« stare in giudizio » agli effetti processuali (sopra n. 194), è stato così nettamente sentito, da indurre il legislatore a regolare tutta questa materia nelle leggi di diritto sostanziale, cosicchè nel codice e nelle leggi di procedura troviamo poco più che dei semplici rinvii.

L'art. 36 capov. del codice di procedura civile (con una collocazione per verità del tutto irrazionale) dispone infatti che: « le persone che non hanno il libero esercizio dei loro « diritti, devono essere rappresentate, assistite o autoriz- « zate a norma delle leggi che regolano il loro stato e la « loro capacità ».

E l'art. 136, a sua volta, dispone che: « chi non ha l'am- « ministrazione dei suoi beni è citato nella persona del suo « rappresentante. Chi ha limitata l'amministrazione dei « suoi beni, o non può stare in giudizio senza l'assistenza « o l'autorizzazione altrui, è citato tanto in persona propria « quanto in persona di coloro, la cui assistenza o autoriz- « zazione è necessaria ».

Di qui deriviamo, che agli effetti già illustrati nei numeri precedenti, in luogo e in nome dei minori, di regola, devono « stare in giudizio » (con le prescritte autorizzazioni, dove occorrano) il genitore esercente la patria potestà o il tutore, e in luogo degli interdetti il tutore o il protutore, salvo la necessità di nominare un curatore speciale, quando vi sia conflitto di interessi od impossibilità di funzionamento della rappresentanza ordinaria. I minori emancipati e gli inabilitati possono stare in giudizio soltanto assistiti dal curatore (là dove non si tratti di materie in cui siano esonerati dalla assistenza) e il curatore deve comparire anch'egli, a questo effetto, nel processo. Tutto ciò, secondo le disposizioni del codice civile e delle relative leggi complementari (artt. 224 e segg., 277 e segg., 324 e segg., 318, 339, ecc. cod. civ. e 9 e segg. cod. comm.).

Quanto alle persone giuridiche, ricaviamo dal codice di procedura (coordinando alle fonti oggi in vigore, il suo linguaggio piuttosto antiquato), che le società di commercio devono « stare in giudizio » per mezzo degli amministratori, autorizzati a rappresentarle, secondo le disposizioni

del codice di commercio, il quale rinvia a sua volta, per quanto del caso, alle clausole dei relativi contratti sociali, atti costitutivi o statuti (arg. dall'art. 137 del cod. proc. civ.). Le altre persone giuridiche devono « stare in giudizio », a loro volta, per mezzo di chi vi sia autorizzato dalle relative leggi speciali e sempre con le prescritte autorizzazioni, quando occorrano (legge comunale e provinciale per i comuni e le provincie, leggi speciali per gli infiniti enti di diritto pubblico di recente creazione) o dai relativi statuti, o tavole di fondazione, da fonti di organizzazione extragiuridiche, ma riconosciute o richiamate a questo effetto dalla nostra legge, quando essa stessa non disponga diversamente (es.: diritto canonico e leggi ecclesiastiche per gli enti ecclesiastici, diritto straniero e trattati internazionali, artt. 230 e segg. cod. comm., per le persone giuridiche straniere ecc.), nonchè dalle consuetudini osservate come diritto pubblico (arg. dall'art. 2 cod. civ. e 138 cod. proc. civ.). La rappresentanza in giudizio dello Stato è regolata da leggi speciali (r. d. 25 giugno 1865 n. 2361; t. u. 30 ottobre 35 n. 1611 già altre volte citato).

Una disposizione di carattere generale in tema di rappresentanza in giudizio, ma relativa ad una particolare contingenza processuale, ci fornisce il codice di procedura civile all'art. 136 capov.: « Se manchi la persona che deve « rappresentare o assistere il convenuto, o la medesima abbia « interesse opposto a quello del convenuto, e non vi sia chi « la supplisca, il presidente della corte o del tribunale, il « il pretore o il conciliatore davanti cui è portata la causa, « nomina sull'istanza dell'attore un curatore speciale al con- « venuto ».

SIMILE (più o meno) al regime della rappresentanza
202 delle persone giuridiche o della rappresentanza od assistenza di incapaci, anche per gli effetti dello « stare in giudizio », può essere il regime prescritto dalla legge, in certi casi in cui un patrimonio venga sottoposto ad amministrazione « per conto » di titolari ignoti od incerti oppure venga amministrato e liquidato nell'interesse dei creditori (v. parte generale, n. 24) oppure debba esser amministrato per il raggiungimento di un determinato scopo. Anche il regime delle nullità processuali viene ad essere, in questi casi, del tutto analogo, per quel che riguarda il difetto di legittima rappresentanza, difetto di autorizzazioni prescritte ecc. ecc.

Anche qui dovremo far capo al codice civile, per quel che riguarda, per esempio, l'eredità giacente o devoluta sotto condizione, al patrimonio degli assenti, alla eredità accettata con beneficio di inventario, al patrimonio dotale ecc.; al codice civile ed alle leggi speciali in materia, per quanto riguarda legati di beneficenza o di culto, non dotati di personalità giuridica; al codice di commercio dovremo far capo per quanto riguarda l'esercizio di azioni del fallimento (come liquidazione organizzata nel senso di cui nella parte generale, n. 112) o contro il fallimento, per le azioni esperibili dal capitano o contro il capitano della nave ecc..

Qualche caso eccezionale di sostituzione di un organo ad altro organo o ad altre persone, lo troviamo infine in qualche legge speciale (es. sostituzione del Prefetto ad altri organi della pubblica amministrazione, di cui un caso specialissimo negli artt. 1 e 2 della legge sui conflitti di attribuzione 31 marzo '77 già altra volta citata). Ma qui si tratta di funzioni vicarie autonome, piuttosto che di rappresentanza. A questo ordine appartengono le disposizioni, secondo le quali il Re, la Regina e i principi della Real casa sono « sostituiti » in giudizio dal ministro della Real casa (arg. dall'art. 138 u. c. cod. proc. civ. e leggi speciali in materia; e v. sotto il n. 205).

LA RAPPRESENTANZA VOLONTARIA, cioè, per intenderci,
203 conferita ad altri per atto di volontà dell'interessato, può spiegare i suoi effetti anche in giudizio o per « stare in giudizio ». Il rappresentante può, anche in questi casi, agire per il suo rappresentato od essere convenuto in suo luogo e vece, nel di lui nome, quando l'atto, con cui la rappresentanza gli è stata conferita, sia stato posto in essere da persona capace (o da rappresentanti autorizzati a delegare ad altri l'esercizio delle loro funzioni) e semprechè l'atto

stesso gli accordi in proposito le necessarie facoltà. Il mandato con rappresentanza, così detto *ad negotia*, si intende di solito che comprenda queste facoltà per gli affari affidati al rappresentante. Lo dice espressamente il codice di commercio per l'institore (art. 375); ve ne è traccia anche nell'art. 142 cod. proc. civ. e indirettamente nell'art. 90 capov.. Nulla vieta, secondo noi, che la parte possa nominare un rappresentante con mandato speciale anche solo per l'esercizio di una determinata azione o per resistere in giudizio ad una azione altrui.

S'intende però, che quando il procedimento sia promosso da un rappresentante o sedicente rappresentante volontario o contro di lui, si dovrà fare la verifica dei suoi poteri e si avranno delle conseguenze analoghe a quelle già vedute sopra per il difetto di legittima rappresentanza, quando la verifica dia risultati negativi. Riteniamo tuttavia (ma è discutibile), che la eventuale nullità di atti o la improcedibilità del giudizio non possa più esser dichiarata, se prima di questo momento l'operato del pseudo-rappresentante sia stato ratificato.

Unicamente in questo senso e in questi limiti, riteniamo che venga ad esser possibile una gestione rappresentativa in giudizio, senza previo mandato. Anche questo però è discutibile.

La validità dell'atto di conferimento della rappresentanza e la estensione dei poteri andranno determinate, al solito, in base alle norme di diritto sostanziale.

A questa stregua andrà determinata anche la possibilità o la legittimità della rappresentanza in giudizio di collettività più o meno organizzate, ma non dotate di personalità giuridica, come società civili, associazioni, comitati ecc.. Allo stato attuale della legislazione si può dire pertanto, che il tema non sia di competenza degli studii di diritto processuale.

COSTANTE per tutto il processo (per lo meno là dove
204 vi sia luogo a delle possibili attività delle parti) è la esigenza, che queste siano capaci o legittimamente rappresentate od assistite. Non basta, cioè, che lo fossero al momento in cui il processo è stato promosso o costituito. Ciò dovrebbe portare per conseguenza, che, quando sopravvenga un mutamento di stato o di capacità di una delle parti o cessi dalle funzioni un rappresentante, il processo dovrebbe interrompere il suo corso, salvo riprenderlo quando si sia provveduto, secondo le esigenze della nuova situazione, alle opportune sostituzioni di persone o di organi od ufficii. In questo senso dispone infatti il codice di procedura, ma con varii temperamenti, collegati a quell'altra specie di rappresentanza tecnica in giudizio, che essa in molti casi prescrive e in altri consente, e che è la rappresentanza processuale per ministero di procuratori legali (su di che v. il successivo § 15).

Con varie disposizioni, la cui concezione dal punto di vista strettamente giuridico non sembra del tutto felice, la legge coordina (o confonde ?) le discipline relative a queste ipotesi, con quelle relative all'altra, ben diversa, che in corso di processo muoia o comunque si estingua una delle parti (n. 163). In questa ultima ipotesi si verifica una successione nel processo, degli eredi (o dei continuatori per quasi-successione) della persona scomparsa, fenomeno che non si ha certamente nel caso di mutamento di stato, di capacità o di rappresentanza. Vero è soltanto che anche in caso di morte la persona defunta... non può più « stare in giudizio » personalmente, onde può esservi anche in questo caso una interruzione del processo, con successiva riassunzione. È questo forse l'aspetto, per il quale vi è una certa affinità fra le varie ipotesi, e che ha indotto il legislatore a trattarle promiscuamente. Comunque, dopo aver fatto cenno in questa sede di questi fenomeni, dobbiamo rimetterne la illustrazione ad un momento successivo, perchè ci mancherebbero per ora gli elementi e le nozioni necessarie (v. il cap. seguente in fine).

LA SOSTITUZIONE processuale è un fenomeno apparente-
205 mente affine, ma che non può confondersi con la rappresentanza.

Si ha un fenomeno di sostituzione tutte le volte che la

qualità o la «veste» per far valere nel processo le ragioni sostanziali di un determinato soggetto, viene ad essere attribuita o riconosciuta ad un altro soggetto, diverso o distinto.

In questo caso, parte del processo è colui che si sostituisce ad un altro (cosiddetto « sostituto processuale » nel senso attivo di: sostituentesi) e come parte del processo opera in proprio nome, con piena autonomia di determinazioni, senza dipendere personalmente da colui al quale si sostituisce; può rispondere anche in proprio delle spese ed eventualmente dei danni; però i provvedimenti del giudice con effetti sostanziali, incidono sui diritti, sulle ragioni, sul patrimonio, sulla situazione sostanziale di colui, in luogo del quale il «sostituto» sta in giudizio.

Questo fenomeno, per verità non sempre ben definito e con caratteri non sempre costanti, può avere radice in istituti assai diversi, talvolta esclusivamente processuali e tal'altra anche sostanziali. In qualche caso si coordina alla sostituzione, perfetta od imperfetta, totale o parziale di un soggetto ad un altro anche nel diritto di disporre (v. parte generale, n. 11 in fine; si cita, ad esempio, il caso delle facoltà del marito nel regime dotale, perfino il caso del capitano della nave, perfino quello degli organi fallimentari nell'esercizio delle azioni spettanti al fallito e quello del sequestratario nell'esercizio delle azioni spettanti al sequestrato); in altri casi si connette a fenomeni di diritto pubblico (caso del Re, della Regina ecc., di cui al n. 202); in altri casi si coordina al fatto processuale, che una parte assuma sopra di sè la difesa di un'altra (caso del garante che si sostituisce al garantito: v. sopra n. 160, in fine; caso del dante causa, che prosegue il processo in ordine ai diritti ceduti, in luogo del successore a titolo particolare: v. il n. 163, in fine, ecc.).

Agli effetti della nostra trattazione ci basta, però, questa menzione sommaria e non crediamo vi sia ragione di approfondire maggiormente, ciò che qui avrebbe più il carattere di curiosità teorica, che non di indagine di valor pratico.

§ 15. — *Il ministero dei procuratori e degli avvocati in giudizio.*

206 IL MINISTERO DEI PROCURATORI legali che la legge, come ci è avvenuto di accennare qua e là, qualche volta prescrive e qualche volta consente, dà luogo ad un fenomeno meramente processuale, che solo in senso improprio può qualificarsi come fenomeno di rappresentanza; ed è, in ogni modo, di ordine tutto diverso da quello della rappresentanza in senso proprio, di cui abbiamo parlato finora.

I procedimenti giudiziarii, per natura, e cioè per fatalità di cose, vengono sempre ad avere un ordinamento tecnico assai complesso, irto di forme, di modi e di termini, e sparso di trappole varie. Oggi veramente siamo un poco al di là di quello che la fatalità imporrebbe; ed è una delle ragioni per cui giustamente si invocano delle riforme. Ma non c'è da farsi soverchie illusioni, se la storia e lo studio delle varie esigenze a cui si deve provvedere, possono insegnare qualche cosa.

Di qui la necessità, che ci sia una categoria di professionisti, di preparazione e di esperienza legalmente controllata, di cui le parti possano servirsi nella condotta del processo, con la ragionevole fiducia, che col loro ausilio il buon diritto non finisca col naufragare nelle secche o sugli scogli della procedura. Di qui, anzi, un passo ulteriore, e cioè la prescrizione della legge alle parti, di servirsi per gli atti del processo di questi professionisti, per lo meno là dove la procedura può presentare maggiori difficoltà. Questo, che può parere ai profani un onere ingiustificato per le parti, finisce col costituire invece un ausilio praticamente indispensabile al funzionamento della giustizia e una garanzia (se pur non sempre infallibile) contro immeritati infortunii.

Questi professionisti sono i procuratori legali e, per certe incombenze, gli avvocati. La selezione e il controllo della loro preparazione e della loro idoneità morale e tecnica all'ufficio, è disciplinata fondamentalmente dal d. l. 27 no-

vembre '33 n. 1578, che prevede la formazione di appositi albi (in base a titoli, prove di esame e requisiti di anzianità) e tutta una organizzazione disciplinare e censoria, oggi a base sindacale.

Ciascun procuratore è « assegnato », attraverso il meccanismo degli albi, ad un tribunale e può esercitare legalmente il proprio ministero, oltre che nei procedimenti davanti a quel tribunale, anche in quelli che si svolgano davanti alla corte nel cui distretto ha sede, nonchè a tutti gli altri tribunali e alle preture del distretto.

In materia di procedimenti ordinarii di cognizione, il ministero di procuratore è necessario (art. 156 cod. proc. civ.) nel procedimento davanti ai tribunali (fuorchè nelle cause commerciali, e ciò per un residuo degli ordinamenti procedurali che vigevano un giorno per i tribunali di commercio, v. sopra n. 171) e davanti alle corti di appello. Ciò però, ad eccezione di certi atti, fra i quali, per una stravaganza . . . storica, c'è anche l'atto iniziale di citazione e quelli con cui si propone l'opposizione contumaciale, l'appello e la istanza di revocazione. È facoltativo nei procedimenti davanti alle preture e agli ufficii di conciliazione (art. 156 u. c., modificato dalle leggi che seguono). Davanti a questi organi, le parti possono valersi anche del ministero di una più modesta categoria di professionisti, a ciò « abilitati » (l. 7 luglio 1901 n. 28 e 28 giugno '28 n. 1475).

L'onere che ne deriva, è temperato per le parti « povere » dalla possibilità di farsi ammettere al « beneficio del gratuito patrocinio » (t. u. 30 dicembre '23 n. 3282), a giudizio di certe speciali commissioni (le quali devono verificare a questo scopo lo stato di povertà e la probabilità di successo). L'ammissione importa per il procuratore designato, l'obbligo di prestare gratuitamente il proprio ministero (salvo esser poi compensato in caso di successo), e una serie (sia pure provvisoria rispetto al caso di successo) di esenzioni da oneri fiscali.

207 Il procuratore, per esercitare il proprio ministero nel procedimento, deve esser munito di un documento di « procura legale » della parte, per atto pubblico o autentico (nel qual caso può essere conferita anche in forma generale, per tutti i procedimenti nei quali la parte abbia bisogno del suo ministero ed egli possa prestarlo) o per scrittura privata, apposta in calce all'atto introduttivo della fase di giudizio per cui viene conferita (nel qual caso dunque è sempre speciale), con sottoscrizione accertata autografa dallo stesso procuratore (art. 48 cod. proc. civ.: r. d. 20 settembre 1923, n. 2275 art. 41). In caso di ammissione al gratuito patrocinio, il decreto che designa il procuratore cosiddetto « officioso » o « d'ufficio », tien luogo di procura. Per le amministrazioni dello Stato (od equiparate a questo effetto a quelle dello Stato) provvedono, anche per quanto riguarda il ministero di procuratore, gli uffici della avvocatura di cui alla legge, tante volte citata, t. u. 30 ottobre '33.

Nel procedimento di cognizione di cui ci occupiamo, il procuratore non compare saltuariamente nel compimento dei varii atti, e la parte non è libera di servirsi nel corso del processo dell'opera or dell'uno or dell'altro, senza alcuna formalità. In ciascuna fase di giudizio il procuratore, per esercitare il suo ministero nell'interesse di una determinata parte, deve compiere innanzitutto una formalità che si chiama, come vedremo, « costituzione in giudizio » (con la quale, in fra l'altro, rende nota al giudice o alle altre parti la sua procura e la assunzione in concreto delle sue funzioni: arg. dall'art. 390 capov. cod. proc. civ. e 7 della legge sul rito sommario 31 marzo 1901 n. 107). Da questo momento e per tutta la fase del procedimento, tutti gli « atti di procedura », per i quali la legge non disponga diversamente, nell'interesse di quella parte, non possono esser compiuti, se non dal procuratore costituito; a lui, anzichè alla parte in persona, devono esser rivolti, indirizzati, comunicati, tutti gli atti di procedura delle altre parti e del giudice, sino alla chiusura di questa fase. E se per vicende della procedura, lo stesso processo torni in fasi successive davanti allo stesso giudice, il procuratore costituito resta investito delle sue funzioni, senza bisogno di una nuova formalità di costituzione (arg. dell'art. 243 reg. gen. giud.).

Il procuratore può declinare l'incarico e la parte può revocarlo, ma la rinuncia o la revoca non hanno effetto, se non sia nominato e costituito altro procuratore (arg. dall'art. 161 cod. proc. civ.). La morte del procuratore costituito, che sopravvenga nel corso del procedimento, e fino a che ci siano delle funzioni da esercitare per la parte, lo interrompe fino a nuova costituzione (arg. dall'art. 334 e v. su di ciò il capitolo seguente, n. 220).

208 Il rapporto concreto di incarico, della parte al procuratore, si considera di solito nella pratica (e qua e là nella legge), come un rapporto di rappresentanza. Ed in realtà è innegabile, che sia soggetto a molte delle regole del mandato rappresentativo. Converrà tuttavia non dimenticare, che il procuratore, nell'esercizio del suo ministero, esplica, nell'interesse del privato, funzioni disciplinate da norme di diritto pubblico e con doveri anche di diritto pubblico, inerenti al suo stato giuridico, nell'interesse della giustizia (doveri-limiti ai doveri nascenti dal privato incarico). In un certo senso è un pubblico funzionario, posto bensì a disposizione dei privati per l'esercizio di determinate mansioni nel loro interesse (come lo sono in altro campo, per esempio, i notai, gli stessi ufficiali giudiziarii nel compimento di atti di interesse delle parti, e anche altri pubblici uffici e pubblici funzionarii), che conserva però, nell'esercizio di queste mansioni, quel suo carattere istituzionale.

Il procuratore costituito in giudizio, compie, in modo per definizione efficace e valido (nel che deve vedersi un riflesso di quel che abbiamo detto), tutti gli atti di impulso del procedimento e di sviluppo e difesa delle ragioni della parte (sia per quella che chiameremo più avanti la determinazione della materia del contendere, che per la formazione della convinzione del giudice). Non può tuttavia compiere atti di volontà dispositiva delle ragioni stesse, nè fuori del processo, nè in corso di processo (comporre o conciliare, rinunciare ad azioni od eccezioni ecc.); non può rendere confessioni con effetto vincolante per la parte (ciò che può implicare una disposizione in via indiretta e

riflessa delle sue ragioni); non può deferire (per le stesse ragioni) il giuramento decisorio; non può rinunciare (nel senso che vedremo) agli atti del processo ecc.. Quanto meno occorre, che sia munito, per questi atti, di apposito mandato speciale o che consti nei modi di legge del consenso della parte in persona.

Nei limiti delle sue mansioni processuali, ciò che egli faccia od ometta di fare, ha tutti gli effetti di un atto o di un comportamento della parte. Questa non può sconfessare il procuratore, allegare che vi sia stato eccesso, abuso o negligenza da parte di lui (salvo il caso estremo di collusione dolosa con le altre parti: arg. dall'art. 494 n. 1 cod. proc. civ.); non può allegare, per infirmare gli atti di procedura, vizii di volontà o di attività del procuratore. Può dargli istruzioni; e se il procuratore (nei limiti dei suoi pubblici doveri) non vi si conformi, ne risponderà verso di lei in via di risarcimento di danni; come pure (in teoria) risponderà verso di lei delle proprie negligenze e dei proprii errori colposi (che eccedano cioè i limiti del cosiddetto errore professionale, non colposo). Ma tutto questo non infirma gli effetti delle attività processuali compiute o quelli delle attività omesse, per quanto riguarda il corso del procedimento, nei confronti delle altre parti o del giudice.

Non crediamo, con ciò, che sia escluso che la parte possa conferire allo stesso procuratore anche il mandato di compiere negozii di carattere sostanziale (es. transigere stragiudizialmente). Qui però non siamo più nel campo del suo ministero processuale di color pubblico, e si applicheranno le regole del mandato di diritto privato ordinario.

Il procuratore, per gli atti del suo ministero, ha diritto a retribuzione, ma solo nei limiti di apposite tariffe, alla cui osservanza è soggetto in ragione dei suoi pubblici doveri.

Non c'è bisogno di dire (speriamo), che qui abbiamo parlato, per semplicità, di parte nei rapporti col procuratore, ma s'intende che quando la parte «sta in giudizio» per mezzo di rappresentanti, spetta a costoro provvedersi di procuratore, conferirgli la procura ecc.. Quando una parte (imperfettamente capace) debba essere assistita in giudizio,

pensiamo che nulla vieti che essa medesima la persona che deve assisterla, si servano di un procuratore comune.

Uno stesso procuratore può esercitare il proprio ministero in giudizio per più parti, congiuntamente o disgiuntamente, fino a che non vi sia fra di loro conflitto di interessi.

GLI AVVOCATI normalmente possono avere soltanto
209 l'incarico di illustrare per iscritto od oralmente le ragioni delle parti. Questo incarico non ha caratteri di rappresentanza, ma piuttosto di mandato tecnico senza rappresentanza. Non è prescritto dalla legge di servirsi dell'opera loro. Alla illustrazione delle ragioni delle parti può provvedere direttamente anche il procuratore, cumulando le due mansioni (con qualche riduzione, in questo caso, nel cumulo dei compensi dovutigli). È dubbio, se possa riconoscersi nel compito degli avvocati il carattere di una pubblica funzione, pur essendo anch'essi soggetti a certi doveri-limiti e a discipline di carattere pubblico. In qualunque albo siano iscritti, possono esercitare le loro attribuzioni davanti a qualunque organo della autorità giudiziaria ordinaria (che sia giudice del merito). Hanno diritto a retribuzioni, moderabili dagli organi sindacali e dall'autorità giudiziaria, ma non soggette ai limiti di tariffe fisse.

Soltanto davanti alla corte di cassazione, le parti devono compiere i relativi atti di procedura (a cominciare dal ricorso) per ministero di un avvocato iscritto nell'apposito albo (arg. dall'art. 522, 529, 531 cod. proc. civ.). In questo caso le attribuzioni e le funzioni dell'avvocato assumono gli stessi caratteri (salve le peculiarità della procedura) delle funzioni del procuratore legale.

CAPITOLO QUARTO

NASCITA E SVILUPPO, CHIUSURA OD ESTINZIONE DEL PROCESSO. FUNZIONI DI IMPULSO DELLE PARTI

SOMMARIO: § 16. Nascita e sviluppo del processo nelle sue varie fasi: iniziativa ed impulso delle parti. — § 17. Chiusura del processo. — § 18. La perenzione e la rinuncia agli atti come cause della estinzione del processo o della sua chiusura. — § 19. La sospensione e la interruzione della istanza: casi ed effetti.

§ 16. *Nascita e sviluppo del processo nelle sue varie fasi: iniziativa ed impulso delle parti.*

L'ATTO da cui nasce, come sappiamo, il processo, è l'atto
210 di «citazione» introduttiva, col quale un soggetto prende posizione di attore contro uno o più altri.

L'atto deve esser compiuto per ministero di un ufficiale giudiziario (nei limiti dei suoi poteri: v. sopra, n. 169; onde dovrà esser scelto dall'attore col necessario rispetto delle relative discipline), nelle forme legali della «citazione». È un atto scritto, che deve contenere la esposizione della domanda e l'invito formale, rivolto di autorità dall'ufficiale giudiziario alla parte citata, perchè «comparisca» (in un determinato momento: giorno ed ora di udienza), davanti ad una determinata autorità giudiziaria (indicata come «competente» a decidere della domanda stessa), affinchè questa, «in suo contradittorio o in sua legittima contuma-

cia» (assenza), provveda sulla domanda. L'atto deve esser notificato dallo stesso ufficiale giudiziario, per copia, alla persona citata a comparire, e si perfeziona solo con questa formalità.

Da questo momento (della notificazione) la persona citata è posta formalmente nella posizione giuridica processuale di convenuta in giudizio; da questo momento il processo «pende» (sopra nn. 92, 154 ecc.). Del che si vedono le conseguenze pratiche, per esempio, in ciò: che a questo momento si deve aver riguardo per determinare inizialmente la competenza del giudice (v. sopra n. 175, 182 ecc.); da questo momento la citazione determina la prevenzione (v. sopra n. 186); se il processo metta poi capo ad una decisione di merito, fin da questo momento si avrà per interrotta a questi effetti la prescrizione o impedita la decadenza dell'azione (art. 2125 in relazione all'art. 2128 cod. civ.); da questo momento si faranno decorrere gli interessi moratorii (artt. 1231 e 1232, 1223 ecc. cod. civ.); da questo momento anche il possessore di buona fede sarà tenuto a restituire i frutti (art. 703 cod. civ.); da questo momento il diritto altrui è considerato litigioso (art. 1547 cod. civ.) ecc.. Ma, soprattutto, da questo momento è data al convenuto non solo la possibilità di difendersi, ma di promuovere, esso medesimo, il corso o lo svolgimento del processo, anche se nel seguito l'attore resti assente od inerte. Al che può avere interesse il convenuto, per liberarsi, con una sentenza di rigetto della domanda, dalla minaccia, dalla molestia, dall'elemento di incertezza, che può rappresentare per lui la pretesa vantata dall'attore o anche per conseguire eventualmente provvedimenti positivi a proprio favore, per i quali la stessa provocazione altrui gli offra l'occasione o la ragione. Questa conseguenza processuale dell'atto di citazione (che possa ormai anche il convenuto prendere questa iniziativa), logicamente non si spiega, se non ritenendo appunto che la citazione ha fatto sorgere una situazione processuale di relazione fra le parti, cioè, in sostanza, un rapporto fra attore e convenuto, che altro non può essere se non il rapporto giuridico processuale nella sua fase iniziale (sopra, parte generale, n. 85).

Tutto questo si suol esprimere, nella pratica, dicendo, che da questo momento il giudizio può esser ormai «coltivato» dalla parte «più diligente» o che «si renda diligente» a questo effetto.

Però il processo non si svolge, non cammina, non giunge ad una soluzione (pronuncia definitiva del giudice, qualunque ne sia il contenuto), se almeno una delle parti non compia un minimo di attività successive, in serie, formalmente necessarie per stimolare l'attività del giudice stesso e metterlo in condizioni di potere e di dovere (in qualunque modo) pronunciare.

In questo senso si suol dire, che il processo, di regola, non si svolge, se non per iniziativa o su impulso di parte.

Così, per esempio, quando la citazione sia stata fatta a comparire davanti ad un tribunale, sarà meccanicamente necessario, che una almeno delle parti compia la formalità della iscrizione della causa a ruolo, attraverso la quale (per mezzo della cancelleria) si fa prender atto al tribunale del processo ormai pendente, con la menzione che ne vien fatta nei suoi registri. In dipendenza della iscrizione, la causa sarà poi «chiamata» alla udienza indicata in citazione. Qui sarà necessario, che una almeno delle parti proceda alla formalità della «comparizione» o «costituzione in giudizio», che normalmente avrà forma e contenuto di «costituzione del procuratore» (sopra n. 207). Successivamente sarà necessario, che una almeno di esse esponga in uno scritto, che prende nome di «comparsa», le istanze concrete (conclusioni), che chiede vengano accolte e tradotte in provvedimento nella emananda sentenza. Bisognerà, che queste conclusioni vengano lette all'udienza. Senza questo minimo di attività, il tribunale non può in nessun modo deliberare e pronunciare.

Quando poi si sia giunti alla pronuncia della sentenza, non è detto che qui si fermi il procedimento. Si chiude per il momento una fase. Ma non è detto che non possano essercene delle altre, più altre, e magari, purtroppo, innumerevoli altre. Ora è sempre e soltanto la iniziativa o l'impulso di parte, che può sospingere il processo in que-

sto ulteriore cammino... anche quando questo finisca col prendere l'aspetto del labirinto.

Su di che, bisognerà che ci soffermiamo un momento, per ricordare e completare qui quello che abbiamo già sommariamente accennato su questo doloroso argomento della moltiplicazione delle fasi (v. parte generale, n. 93 e accenni nei capitoli precedenti).

211 NUOVE FASI possono seguire normalmente, anche quando la prima di esse già abbia messo capo ad una sentenza, che in sè e per sè — cioè per il suo contenuto intrinseco — possa costituire sentenza «definitiva» del processo. Tale sarà la sentenza — per il suo contenuto — quando il giudice decida del merito (sia che rigetti od accolga in tutto o in parte le domande) oppure definitivamente pronunci (per quanto sta in lui), che non se ne può decidere nel processo così e come costituito (ad es. per motivi di incompetenza, per incapacità delle parti ecc.). Non è detto, che con questo il processo effettivamente si chiuda.

Normalmente infatti, come sappiamo (parte generale, n. 93, e capitolo secondo di questa parte, nn. 191 e segg.), la sentenza sarà impugnabile, e le impugnative potranno determinare una serie di altre fasi successive. Questa è veramente una garanzia di giustizia del risultato finale, di cui nessun ordinamento processuale può fare a meno.

Ma le complicazioni più gravi, come pure abbiamo avvertito (n. 93 cit.), non nascono di qui, bensì dal metodo adottato per la risoluzione delle questioni incidentali, che possano sorgere nel corso del procedimento, e che debbano esser decise prima di venire al merito in senso proprio, ad esempio per l'ammissione di prove, per questioni di esecuzione delle prove stesse, per decidere sulla legittimità dell'intervento o della chiamata in causa di terzi ecc..

Se c'è l'accordo delle parti sulla soluzione da adottare, la cosa è relativamente più semplice: il giudice disporrà per il seguito, con un provvedimento succinto e non impugnabile, e cioè con «ordinanza» (che negli organi ad ufficio giudicante collegiale, non sarà neppure dato dal collegio,

bensì dal presidente in virtù delle sue particolari attribuzioni: n. 171). Questo non toglie che si passi, anche con l'ordinanza, da una fase ad un altra, formalmente distinta, sebbene davanti allo stesso organo. Così, per esempio, potrà essere, che la prima fase si chiuda con una ordinanza ammissiva di prove (e tanto è vero che essa si chiude, che davanti ai tribunali la causa sarà «cancellata dal ruolo») e in tal caso si aprirà la fase di esecuzione delle prove ammesse, davanti ad un giudice delegato; poi (se non sono nati altri intoppi) si chiuderà questa fase e se ne aprirà una terza (che, davanti ai tribunali, sarà contrassegnata da una nuova iscrizione della causa sul ruolo) per la decisione (sperabilmente) del merito, in base alle prove «esperite»; il che non toglie però, che anche in questa fase possano sorgere altre questioni incidentali, che determinino la necessità di altre fasi intermedie, prima di venire alla decisione del merito. Anche in questo caso il processo cammina, di fase in fase, sempre per impulso di parte.

Ma peggio avviene quando le parti non siano d'accordo sulla soluzione di qualche questione incidentale, del genere di quelle or accennate.

In questa ipotesi il giudice deve decidere di regola con le forme più solenni e più meditate della sentenza, anche se accolga delle istanze incidentali, così che dia luogo a fasi intermedie (preparatorie, istruttorie ecc.), prima di venire alla decisione del merito. Nel qual caso la sentenza si qualifica «interlocutoria» (in contrapposto a quelle di contenuto definitivo). E fin qui la soluzione adottata dalla legge, secondo noi, è pienamente giustificabile. Il guaio viene invece dalla disposizione, per cui anche le sentenze interlocutorie sono impugnabili, con tutti gli stessi mezzi di impugnativa, come le sentenze di contenuto definitivo.

Ai compilatori del codice di procedura è parso di aver fatto una cosa geniale, ammettendo che tutte le sentenze (salvo pochissime eccezioni) fossero egualmente impugnabili, qualunque ne fosse il contenuto, senza distinguere, perchè la distinzione fra interlocutorie e definitive, impugnabili o non impugnabili, aveva dato luogo in passato a difficoltà

e questioni. E delle dificoltà veramente sorgevano, soprattutto per il caso in cui una interlocutoria contenesse già la risoluzione di qualche punto di merito, in modo da apparire rispetto a questo parzialmente definitiva. Ma invece di cercare di risolvere la difficoltà, fornendo in proposito qualche criterio legale di distinzione, i compilatori hanno addirittura soppressa ogni distinzione. Il che ha molto del metodo di chi, per risolvere un problema... straccia la pagina.

Per renderci conto, almeno sommariamente, delle conseguenze, riprendiamo l'esempio già fatto: che sia stata chiesta la ammissione di prove da eseguirsi prima di venire alla decisione del merito. Sorge contestazione; il giudice (supponiamo) decide per sentenza e ammette le prove. Qui i casi sono due: la sentenza può esser munita dal giudice di provvisoria esecuzione (perchè anche a questo effetto si è finito con l'equiparare il regime delle interlocutorie suscettibili di esecuzione-attuazione nel processo, a quelle definitive di condanna nel merito, che aprono la via all'esecuzione forzata! !) oppure può non esserne munita (su di che v., per ora, parte generale, n. 94, in fine). Se ne è munita, può avvenire che da un lato una parte promuova davanti allo stesso giudice lo « sperimento » o l'esecuzione della prova e dall'altro canto — e nello stesso tempo — un'altra parte promuova la serie delle impugnative contro la sentenza. In questo caso si verrà ad avere lo strano fenomeno di una biforcazione del processo, per cui esso viene ad essere in corso simultaneamente, in fasi diverse, davanti a due organi diversi: il primo giudice, davanti al quale si prosegue in fasi successive per lo « sperimento » delle prove e per il merito, e il giudice delle impugnative, al quale si chiede la riforma o l'annullamento della interlocutoria. Tutto ciò, naturalmente, con la conseguenza inevitabile che, se la interlocutoria venga poi riformata in sede di impugnativa, bisognerà ristabilire la coerenza e l'unità di linee, facendo cadere tutto quello che si è fatto, nel frattempo, in via di esecuzione provvisoria. Se invece la sentenza del primo giudice, non sia munita di esecuzione provvisoria, ci sarà un tempo di arresto davanti a lui: bisognerà attendere l'esito

dell'appello prima di eseguire la prova (quando pure non ci sia di mezzo una opposizione contumaciale), e non la si potrà eseguire, se non quando il giudice di appello abbia confermato.

Ma, in ogni caso, la sentenza di appello potrà poi esser cassata, e allora bisognerà andare a chiedere al giudice di rinvio, se l'ammissione della prova (che nel frattempo sarà stata probabilmente eseguita, ma che deve ritenersi caduta con la sentenza di cassazione), debba risorgere, negli stessi termini o in termini diversi, e se il processo si possa chiudere o debba altrimenti proseguire. Nel qual caso (di prosecuzione), probabilmente bisognerà tornare al giudice di primo grado, per ricominciare la istruttoria e arrivare (possibilmente) ad una sentenza definitiva, salvo che nel frattempo anche la sentenza di rinvio venga cassata...

Questo non è che un modestissimo saggio esemplificativo di quello che può succedere. Le complicazioni possono essere assai più numerose, e con intrecci ben più complicati, che qui possiamo dispensarci dal prospettare, anche per non finire col perdere il filo delle idee, come lo perdono qualche volta anche le parti, se non i professionisti, di fronte al caso pratico.

Più sciagurato di così, non sembra che potesse essere in questa parte l'ordinamento procedurale adottato; e dovrà esser questo, a nostro avviso, il tema veramente centrale di qualsiasi riforma. Ma, per intanto, così è.

E da un punto di vista meramente espositivo, come è il nostro, quello che qui ci interessa, dopo questo saggio, è soltanto di confermare, che spetta sempre alle parti sospingere, con le proprie iniziative, il corso del processo per queste vie ardue ed intricate. Infatti dopo una fase non ne ha luogo un'altra, successiva, se non in quanto almeno una di esse si curi di introdurla o di promuoverla, con un proprio atto: così non ha luogo una fase di impugnativa se non ci sia una parte che impugna; ma neppure ha corso una prova se non ci sia chi ne chiede l'esecuzione; nè, eseguita la prova, la causa torna davanti al giudice per le decisioni ulteriori, se non ci sia chi

la riassuma; nè dalla cassazione si va al giudice di rinvio, se non ci sia chi procede al relativo atto introduttivo di riassunzione o riproduzione, e senza di questo non si ridiscende dal giudice di appello (o da quello di rinvio) al giudice di primo grado, per ristabilire o rettificare, in coerenza alle loro disposizioni, le linee del procedimento. E così di seguito.

In tutti questi passaggi il processo può arenarsi, se non ci sia chi si cura di pilotarlo e di farlo navigare. Non solo. Ma anche nell'interno, per così dire, di ciascuna fase, di solito il processo non cammina, se non sotto la spinta di una serie di atti successivi di impulso, come nell'esempio che abbiamo dato più sopra (n. 210) per la primissima fase.

Soltanto quando si giunga ad una fase di cassazione, basta il ricorso introduttivo di una parte, perchè la corte possa e debba pronunciare (anche se le parti nel corso di questa fase non compiano altre attività, il che è facoltativo da parte loro).

In ogni modo, se le parti se ne curano, prima o poi, finiranno, anche secondo il codice vigente, con l'arrivare ad un provvedimento, con il quale il processo finalmente e veramente «si chiuda». Ci arriveranno magari dopo qualche anno, ci arriveranno quando le carte siano diventate montagna, e le spese in proporzione, ma ci arriveranno.

§ 17. — *Chiusura del processo.*

212 La «CHIUSURA» del processo si verifica, per esaurimento delle sue possibilità di sviluppo, quando abbia messo capo ad un provvedimento di contenuto «definitivo» (sopra, n. 211) e che non sia più impugnabile.

Questo avverrà, talvolta, per effetto di una sentenza, che, dal momento stesso della sua emanazione, escluda senz'altro la possibilità di ogni fase ulteriore. Due esempii: una sentenza, di contenuto definitivo, pronunciata in appello (o inappellabile, ma equiparata alle sentenze di appello: es. al n. 177, in fine), viene impugnata per cassazione; la corte di cassazione rigetta il ricorso. Tela. Dal momento della pronuncia tutto è finito; non c'è più niente da fare per le parti. Altro esempio: una sentenza di appello (od inappellabile come sopra) viene impugnata per cassazione, e la corte cassa senza rinvio. Tela. Tutto è finito, anche in questo caso. Ci potranno essere ancora delle restituzioni da chiedere e delle spese da regolare, a sensi dell'art. 571 (sopra, n. 192). Ma, secondo noi, questo sarà un episodio processuale staccato ed autonomo, e non una continuazione.

Molte altre volte avverrà invece, che il processo «si chiuda» per effetto di una sentenza, che sarebbe stata bensì impugnabile, ma che non venga effettivamente impugnata nei termini di legge o le cui impugnative risultino altrimenti precluse. Però non ogni sentenza può servire così a chiudere il processo.

E quì bisognerà anzi che ci soffermiamo di proposito per chiarire parole ed idee.

Da quello stesso sciagurato sistema del codice, per cui tutte quante le sentenze (qualunque sia il loro contenuto) «sono» egualmente impugnabili (salvo rare eccezioni), discende infatti, che per tutte quante egualmente può verificarsi anche il fenomeno che «cessino» di essere impugnabili e, quindi, come qualche volta si dice, restino «ferme» o divengano (proceduralmente) «irrevocabili». E per tutte quante, ad esprimere questo fatto, si parla (purtroppo) di «passaggio in giudicato». Ma le conseguenze sono ben diverse, a seconda del loro contenuto: or chiudono il processo or non lo chiudono; or lo chiudono con risultati di merito or lo chiudono senza toccare il merito. Rendiamocene conto.

213 «PASSAGGIO IN GIUDICATO», dicevamo, è la espressione usata dalla pratica per esprimere il fatto che una (qualsiasi) sentenza cessi di essere impugnabile. A moderare qualche poco le remore, a semplificare i grovigli, che possono nascere dalla successione e dall'intreccio delle fasi, la legge ha introdotto infatti questa regola: che ogni qual-

volta sia stata pronunciata una sentenza impugnabile, ciascuna delle parti può compiere una formalità — che è la notificazione della sentenza alle altre parti — con la quale fa entrare in corso un termine perentorio per impugnare (termine diverso, come vedremo, a seconda dei varii mezzi di impugnativa). Decorso il termine, la possibilità di impugnare è preclusa.

Essa è preclusa altresì dalla accettazione espressa o tacita (acquiescenza) della parte, che avrebbe potuto proporre l'impugnativa.

Può infine esser preclusa dal fatto che l'impugnativa sia stata proposta, ma non venga «coltivata» (e cada in «perenzione»; su di che v. il successivo § 18) oppure venga dichiarata improcedibile od inammissibile «senza esame» (su che v. torneremo nel cap. VI). In tutti questi casi si parla di «passaggio in giudicato» della sentenza.

Senonchè le conseguenze ulteriori, come pur dicevamo, sono ben diverse, a seconda delle disposizioni, che costituiscano il contenuto della sentenza. Al qual proposito (per non complicare troppo) converrà distinguere fondamentalmente: sentenze interlocutorie e sentenze di contenuto definitivo, sentenze di contenuto definitivo del merito e sentenze di contenuto definitivo soltanto rispetto al processo, ma che non risolvono il merito.

Quando si tratti di interlocutorie, col loro cosiddetto «passaggio in giudicato» il processo non si può chiudere (cioè concludere), perchè esse hanno contenuto valore e finalità meramente stromentali, di preparazione di una sentenza definitiva, ancora di là da venire. Per il momento il processo deve restare e resta dunque «pendente», per arrivare a questa futura definitiva. Solo successivamente, se non venga proseguito («coltivato»), sopravverrà la «perenzione» (v. il paragrafo seguente). Ma allora il processo non si chiuderà (concluderà). Al contrario. Esso «si estinguerà» senza esser giunto a conclusione.

Quando ci sia invece una sentenza di contenuto definitivo, che «passa in giudicato», il processo si chiuderà. Ma questa può esser definitiva o perchè decide il merito o perchè decide, che non se ne può decidere (per incompetenza del giudice, per difetto di capacità delle parti, ecc.).

Se decide di non poter decidere, il processo si chiude, ma il merito resta impregiudicato (v. sopra nn. 152, 175, 196). Se decide il merito, allora, ma solo allora, la sentenza, «passando in giudicato», spiegherà i suoi effetti sul diritto sostanziale e acquisterà veramente «autorità di cosa giudicata» (sostanziale, per il merito) a sensi degli artt. 1350 e 1351 cod. civ. (parte generale, nn. 77 e segg.).

Appunto per evitare che una assonanza di terminologia (di origine storica) induca equivoco o confusione tra fenomeni intrinsecamente diversi, preferiamo e preferiremo indicare il mero fenomeno per cui una (qualsiasi) sentenza cessa di essere impugnabile, con l'espressione «divenire irrevocabile» o, quanto meno, parlando di «passaggio» o di «passare in giudicato», vi inseriremo un aggettivo od un avverbio («formale», «formalmente») per segnare, la distinzione fra questo fenomeno puramente processuale (della irrevocabilità) e l'autorità di cosa giudicata (di merito) in senso sostanziale.

Sempre a proposito della chiusura del processo, dobbiamo rilevare infine, che c'è purtroppo un'altra lacuna della legge, perchè la legge non dice che cosa avvenga, quando sia stata pronunciata bensì una sentenza di contenuto definitivo, ma questa non venga notificata e non si verifichi alcuna altra causa di preclusione delle impugnative. Lacuna della legge, questa, veramente strana, ma innegabile. La sentenza, in questo caso, non diventa irrevocabile (cioè non «passa formalmente in giudicato»). Ma non potendosi ammettere d'altro canto, che il processo resti pendente in eterno (cioè con una possibilità di impugnativa, che resta sempre aperta), non potendosi applicare neppure (come comunemente si ritiene) quell'istituto della perenzione d'istanza, di cui parleremo fra un momento, si finisce col ritenere che, decorso il termine ordinario di prescrizione della azione in senso sostanziale (cioè trent'anni in causa civile e dieci anni in causa commerciale), senza che ci sia stata impugnativa, nè notifica, nè accettazione espressa o tacita, nè atti o tentativi di esecuzione (se possibili), la prescri-

zione estingua l'azione e con essa anche gli effetti della sentenza. Si verificherebbe cioè in questo caso un fenomeno di estinzione della azione in senso sostanziale, che travolgerebbe anche il risultato processuale del suo esercizio. Non si avrebbe più una « chiusura », ma una « estinzione » anche del processo. In altri termini, sembra che si voglia ragionare così: la prescrizione dell'azione è stata interrotta dal processo giunto fino alla sentenza (con conversione delle prescrizioni speciali più brevi in prescrizione ordinaria). Ma se trascorre nuovamente, a partire da questo ultimo momento (della sentenza), tutto il « tempo necessario a prescrivere », senza che venga compiuto alcun altro atto, la prescrizione, per quanto precedentemente interrotta, finisce per verificarsi. Soluzione discutibilissima, anche perchè conduce al risultato, che il processo si estingue senza lasciare alcun risultato utile, dopo che una sentenza di contenuto definitivo in realtà c'era, sebbene ancora impugnabile. Ma, nel silenzio della legge, è difficile trovare una soluzione più soddisfacente.

A prescindere comunque da questo caso, dubbio ed oscuro, ma rarissimo in pratica, avendo ormai determinato il momento della nascita e quello della « chiusura » del processo, e avendo constatato che fra questi due momenti estremi il processo (salvo qualche parentesi) cammina e si svolge essenzialmente e soltanto su impulso di parte, resta da esaminare che cosa succede, se ad un certo momento intermedio fra questi due estremi, tutte le parti rimangano inerti, non compiano cioè nessuna delle attività meccanicamente necessarie, perchè il processo cammini e proceda.

§ 18. — *La perenzione e la rinuncia agli atti come causa di estinzione del processo o della sua chiusura.*

L'INERZIA di qualche singola parte, meccanicamente,
214 non può impedire, da sola, il corso del processo. Secondo quello che siamo venuti dicendo, basta che una — qualsiasi — di esse, eserciti l'impulso o l'iniziativa processuale, perchè il processo cammini e si svolga. Nell'interno, per così

dire, delle singole fasi le altre parti possono restare anche completamente assenti, e di regola si diranno allora « contumaci », ma la fase si svolgerà « in loro contumacia » (v. più oltre il § 30). Nel passaggio da una fase all'altra, basta che una ne prenda l'iniziativa, perchè il passaggio avvenga. Potrà anche essere, che or l'una or l'altra prenda l'iniziativa nelle varie fasi o nei varii momenti, poco importa, purchè una ci sia, che lo faccia.

Ma se, ad un certo momento, nessuna si muove più, e il processo, secondo la nozione che or ora ne abbiamo data (v. il § precedente), non è ancor chiuso e non si chiude, inevitabilmente ne segue intanto un arresto, una stasi, uno stato di quiescenza del processo ancor « pendente ». Il processo si ferma. E poi?

La legge si è posta questo interrogativo e si è preoccupata di introdurre degli spedienti, più o meno efficaci, per sfollare il campo della attività giudiziaria dai processi quiescenti, che finirebbero per ingombrarlo intollerabilmente.

A questo dovrebbe servire soprattutto l'istituto processuale della « perenzione di istanza ». Il concetto fondamentale che lo ispira, sembrerebbe a primo aspetto semplice e chiaro: siccome i processi non possono rimanere pendenti in eterno, se le parti stanno ferme oltre un certo limite di tempo, subiscano questa conseguenza della loro inerzia: che il processo « si estingue ». Esso non può più esser proseguito, e allora anche quello che si sia fatto non serve più a niente; foglia secca, che si può spazzar via.

Naturalmente però questo fenomeno, quando si verifichi, può ferire soltanto il processo, e non l'azione in senso sostanziale. L'azione in senso sostanziale, come diritto soggettivo (vero o preteso) che ha una propria esistenza giuridica indipendente dal processo (parte generale, nn. 61 e segg.), rimane quella che era. Il suo titolare potrà « farla valere » ed esercitarla da capo, se crede, a meno che nel frattempo essa stessa non sia stata ferita da altri fenomeni. Il che può avvenire, per esempio, per effetto della prescrizione. La citazione e la pendenza del processo avevano avuto per effetto di interrompere la prescrizione (v. sopra, n. 210). Adesso cade

il processo, cade anche questa interruzione. Per conseguenza, se nel frattempo la prescrizione si è compiuta, essa opera ormai estinguendo l'azione, perchè non sussiste più l'ostacolo che la impediva (art. 2128 cod. civ.). Neppure in questo caso però è la perenzione (fenomeno meramente processuale), che opera sull'azione (sostanziale). La perenzione opera soltanto sul processo, ed è una mera conseguenza riflessa della caduta del processo, quella per cui diventa operativa sulla azione la prescrizione.

Questo, il concetto fondamentale, al quale sembra che si ispiri la legge, quando si guardi al disposto dell'art. 341 alinea cod. proc. civ. : « La perenzione non estingue l'azione. . . « ma rende nulla la procedura ». Ed a primo aspetto tutto questo sembra, ripetiamo, semplice e chiaro.

Le cose si complicano invece, all'atto pratico, in relazione al sistema delle impugnative delle sentenze e (per altro verso) in relazione alla possibilità, ammessa dal codice, che il processo, prima di metter capo ad una sentenza di contenuto definitivo, dia luogo a sentenze interlocutorie. Qui entrano in giuoco il capoverso dell'art. 341 e un inciso dello stesso alinea, che abbiamo omesso più sopra di trascrivere, concepiti e formulati, l'uno e l'altro, in modo assai disgraziato, sia dal punto di vista della precisione, che della completezza.

Il capoverso ci avverte, che non sempre la perenzione colpisce veramente ed estingue tutto quanto il processo, come sembrerebbe dalla proclamazione (troppo generale) dell'alinea. Quando sia già stata pronunciata una sentenza e questa sia stata impugnata, la perenzione che si verifichi nel corso della fase di impugnativa, non colpisce niente affatto il processo nella sua integrità, ma colpisce od estingue soltanto la impugnativa proposta e non « coltivata ». Ed allora le conseguenze vengono ad essere radicalmente tutte diverse. Avviene infatti, che, cadendo questa impugnativa, diventa o può diventare irrevocabile la sentenza, alla quale aveva messo capo la fase precedente. Allora non si può più dire, che per effetto della perenzione il processo si estingue. Tutt'altro ! Bisogna dire viceversa, che qui c'è già una sentenza, la quale diventa irrevocabile, per effetto della perenzione dell'impugnativa.

Alla determinazione, almeno in via esemplificativa, delle varie ipotesi, nelle quali si verifica rispettivamente or l'uno or l'altro di questi due fenomeni, radicalmente diversi (cioè estinzione di tutto il processo o viceversa passaggio in giudicato formale di un provvedimento precedente, che diventa irrevocabile), bisognerà che dedichiamo una apposita indagine, anche perchè la legge, per quei suoi difetti di formulazione già accennati, finisce col dar luogo ad una serie di indovinelli (e sarà questo un tema per il numero seguente).

A questi indovinelli ne aggiunge poi un altro l'inciso dell'alinea dell'art. 341. Con un parallelo tecnicamente discutibile, dispone infatti, che la perenzione (quando travolga tutto il processo), come non estingue l'azione, « non estingue » nemmeno «gli effetti delle sentenze pronunciate, nè le prove che risultino dagli atti ».

Quanto alle prove, la cosa può riuscire abbastanza intuitiva. Come possono « precostituirsi » delle prove prima e fuor del processo, per esser poi utilizzate quando il processo sorga (parte generale, n. 134 e v. più oltre il cap. V, nn. 241 e segg.), si capisce, che un fenomeno analogo possa avvenire anche attraverso un processo, che venga poi a cadere per perenzione. Quando si ricominci da capo, le prove risultanti dagli atti di quell'altro processo che è venuto a cadere, saranno a loro volta utilizzate nel nuovo, come se fossero state precostituite prima e fuori di esso.

L'imbroglio nasce per « gli effetti delle sentenze pronunciate » e anche di questo dovremo occuparci nel numero che segue.

215 La perenzione, dicevamo, qualche volta estingue il processo (secondo la proclamazione troppo ampia dell'art. 341 alinea), qualche volta colpisce ed estingue soltanto delle fasi di impugnativa, facendo diventare irrevocabile una sentenza precedente. Vediamo le ipotesi principali.

Intanto è certo, che, se la perenzione si verifichi mentre

il processo si trova ancora nella sua prima fase di primo grado, si estingue tutto; la applicazione dell'art. 341 alinea non incontra difficoltà.

Lo stesso è a dirsi, tutte le volte che il processo (attraverso una o più fasi, poco importa) non abbia mai messo capo ad una sentenza di contenuto definitivo, ma soltanto a sentenze interlocutorie, alle quali non sia stata data esecuzione o la cui esecuzione sia rimasta sospesa per inerzia delle parti. In questa ipotesi si può dire, che non è mai venuto alla luce in nessun momento, un provvedimento col quale il procedimento si possa « chiudere », nel senso veduto più addietro (v. sopra i nn. 212 e 213). Per conseguenza, quando sia decorso il termine della perenzione, non c'è altra soluzione possibile, che quella di ritenere, che cade tutto. Si applica, ancora una volta, la disposizione dell'art. 341 alinea.

Nè c'è ragione di distinguere, secondo che la sentenza interlocutoria sia o non sia divenuta formalmente irrevocabile (passata formalmente in giudicato). Anche se sia divenuta formalmente irrevocabile, resta pur sempre vero che il processo doveva esser proseguito, per arrivare ad una sentenza di contenuto definitivo. Se non venga proseguito, è sempre un processo, che si ferma prima di aver dato luogo ad una sentenza idonea, per il suo contenuto, a determinarne la chiusura (v. sopra n. 213). Cade tutto.

Soltanto che, se venga ricominciato da capo (davanti allo stesso giudice), sembra debba entrare in applicazione l'inciso dell'alinea dell'art. 341, per cui la perenzione « non « estingue ..... gli effetti delle sentenze pronunciate ». Quali saranno le conseguenze?

La cosa non può intendersi se non in questo senso: che il giudice nuovamente adito, sarà vincolato (in massima) ad uniformarsi al disposto della sentenza precedente. Ciò però, ben si intende, soltanto se ed in quanto quel disposto possa trovare luogo ed applicazione nelle nuove circostanze, che possono anche esser diverse, e renderne impossibile od inconcludente la inserzione nel nuovo processo. Per esempio: nel processo perento il giudice aveva ammessa una prova. Nel nuovo processo si potrà chiedere, che ne

venga ordinata l'esecuzione, senza tornare ad esaminare se sia o non sia ammissibile. Però, se siano stati prodotti dei nuovi documenti che rendono inutile od inconcludente la prova stessa, riteniamo che il giudice, di fronte a questo fatto nuovo, possa rifiutare di darle corso. D'altro canto, se nel processo precedente era stata pronunciata una sentenza che aveva, per esempio, dichiarato nullo un atto di procedura, prorogato un termine o date altre disposizioni relative esclusivamente agli atti di quel processo, questa non potrà evidentemente esser invocata nel nuovo, a cui quegli atti e quei termini sono estranei.

Ma vediamo adesso che cosa succede, quando sia stata pronunciata una sentenza di contenuto definitivo. Se questa non venga accettata nè notificata, si ritiene, come abbiamo già accennato ad altro proposito, che non trovi luogo la perenzione. In realtà non si saprebbe cosa far cadere: non si può far cadere tutto il processo (ciò che sarebbe incongruo, anche perchè, per l'inciso dell'alinea dell'art. 341, nel nuovo processo la sentenza conserverebbe i suoi effetti, cosicchè il giudice nuovamente adito non avrebbe niente altro da dire), nè si può far cadere la possibilità di impugnarla (per il che manca una base testuale nella legge). Così si è arrivati a ritenere che il processo resti pendente, con la possibilità per la parte soccombente di proporre l'impugnativa, per dieci o per trenta anni fino a che non sopravvenga la prescrizione dell'azione (v. sopra, n. 214).

Se sia stata pronunciata una sentenza di contenuto definitivo, ma sia stata appellata od impugnata per revocazione, dopo di che la perenzione sopravvenga nel corso dell'impugnativa, verrà in applicazione la disposizione testuale del capoverso dell'art. 341, il quale dispone, che: « la perenzione « nei giudizi di appello o di rivocazione, dà forza di cosa « giudicata alla sentenza impugnata, quando non ne siano « stati modificati gli effetti da altra sentenza pronunziata « nei detti giudizi ».

La prima parte del capoverso dispone dunque che la perenzione in questo caso non ferisce tutta la procedura, ma soltanto la fase di impugnativa; soltanto questa cade

nel nulla, e allora ne consegue (v. il n. prec.), che la sentenza impugnata divenga irrevocabile (passi formalmente in giudicato). Il processo non si estingue, ma si chiude.

Però a sensi della seconda parte dello stesso capoverso, si deve ritenere che, se nel giudizio di appello sia stata pronunciata nel frattempo una interlocutoria, che abbia tolta efficacia alla sentenza precedente (di contenuto definitivo) e abbia disposto, che, prima di decidere definitivamente, occorra una più ampia o diversa cognizione della materia (esempio: esecuzione di prove, ammissione dell'intervento o della chiamata di un terzo ecc.), allora la sentenza precedente (già modificata anzi riformata) non può più « passare in giudicato ». E che cosa succede? Si ritiene e si deve ritenere, a quel che sembra, che cada ogni cosa, cioè tutto il processo, da capo a fondo, applicandosi in pieno l'alinea dello stesso art. 341.

Ma supponiamo adesso di non esser più in uno stadio di appello o di revocazione. Supponiamo cioè, che ci sia stata una sentenza di primo grado di contenuto definitivo, poi una sentenza di appello (quale che sia), impugnata per cassazione, e che la sentenza di appello sia stata cassata, con rinvio ad altro giudice. A questo momento le parti rimangono inerti e non promuovono il giudizio di rinvio.

Qui cominciano le difficoltà, perchè la legge non parla; e gli interpreti non sanno più se applicare l'alinea o applicare per analogia il capoverso all'art. 341.

La sentenza di appello non può in nessun caso diventare irrevocabile (quale che fosse il suo contenuto), perchè è stata cassata. Questo è certo. Ma diventerà irrevocabile quella di primo grado, il cui contenuto era definitivo? Noi inclineremmo a ritenere di sì (anche per analogia all'art. 341 ultima parte), perchè in realtà essa non era stata (efficacemente) modificata. Non dalla sentenza di appello, anche se fosse di riforma, perchè questa è stata cassata; non dalla cassazione, perchè questa ha cassata la sentenza di appello e non quella di primo grado. Però la soluzione è dubbia e sono stati sparsi dei fiumi di inchiostro per sostenere il contrario (e cioè, che cade ogni cosa).

Resterà poi a vedere, se la perenzione, nel passaggio dalla cassazione al rinvio, decorra dalla pronuncia della sentenza o dalla sua notificazione (perchè qui non ci sono termini perentorii per riassumere, neanche dopo la notificazione). Altro fiume di inchiostro. Secondo noi, decorre dalla pronuncia.

Questi stessi effetti, che si verificano, secondo noi, quando la perenzione avvenga nel passaggio fra le due fasi (cassazione e rinvio), si verificano egualmente, se si perima la fase di rinvio durante il suo corso.

Altri imbarazzi sorgono poi, quando il processo dia luogo a ramificazioni simultanee. Supponiamo che sia stata pronunciata una sentenza interlocutoria; questa sia impugnata e la perenzione si verifichi nella serie delle impugnative, mentre dall'altro lato però ha corso la esecuzione della interlocutoria (o perchè provvisoriamente esecutiva o perchè pronunciata o confermata in appello), senza che si verifichi in questa sede una inerzia delle parti.

Secondo noi, la perenzione in questo caso fa cadere le impugnative, ma non fa cadere tutto il processo. Questo può avere il suo corso ulteriore, sempre proseguendo gli atti in dipendenza dell'esecuzione dell'interlocutoria (che, cadendo la impugnativa diventa anzi irrevocabile). Qui il processo, in altri termini, si è ramificato (su di che, v. sopra il n. 211): la prosecuzione degli atti nel ramo della esecuzione processuale dell'interlocutoria, salva questo ramo, ma non quell'altro (delle impugnative), il cui filo rimane quindi reciso. Però la soluzione deve essere forse in senso opposto nel caso in cui vi sia viceversa inerzia nel ramo della esecuzione dell'interlocutoria e non in quello delle impugnative, perchè le parti possono giustificare la stasi dell'esecuzione allegando, che il corso delle impugnative rende incerte le sorti della interlocutoria da eseguire, onde è in loro facoltà (e non è un fatto di inerzia) camminare per questa via, tenendo sospesa frattanto quell'altra.

E qui ci fermeremo nella dolente esemplificazione, per concludere, che la perenzione è un fenomeno dipendente da una inerzia delle parti, prolungata oltre un certo limite,

e che, come avevamo annunciato, produce talvolta l'estinzione di tutto il processo, tal'altra volta serve soltanto a consolidare un risultato, troncando il seguito o un ramo del seguito, disseccato o divenuto infecondo.

216 CIRCA GLI ESTREMI legali, perchè la perenzione si verifichi e divenga operativa, ci limiteremo a ricordare, che la durata del periodo di inerzia, che porta alla perenzione, nelle cause civili è di tre anni davanti ai tribunali e alle corti d'appello (art. 338), di un anno davanti al pretore (art. 447 u. c.), di sei mesi davanti ai conciliatori (art. 464). Il tempo è ridotto a metà nelle cause commerciali (art. 887 cod. comm.).

Nel corso interno della fase di cassazione, la perenzione non ha luogo, perchè, una volta interposto il ricorso, non c'è bisogno di altre attività processuali di parte, affinchè giunga a decisione (v. sopra, n. 212, in fine).

Senonchè, anche dove ha luogo la perenzione, non basta il fatto del decorso del tempo, in sè e per sè, a produrre automaticamente gli effetti estintivi, che ne possono dipendere.

L'art. 340 dispone bensì che: «la perenzione ha luogo di diritto», ma si affretta a soggiungere, che «quando «voglia continuarsi l'istanza scaduto il termine, chi intende «approfittare della perenzione (sic!) deve proporla espressamente prima d'ogni altra difesa, altrimenti si ritiene «che vi abbia rinunziato». Si è lasciato quindi, in conclusione, nella libera disponibilità delle parti, di dare o non dare efficacia alla perenzione, limitando per di più, con una preclusione rigorosa, la possibilità di farla valere. Una preclusione, per verità, ci voleva, onde evitare che il processo, ripreso dopo un periodo di stasi, continuasse per un pezzo, e poi un bel giorno una parte uscisse fuori, invocando una perenzione ormai remota, per far cadere ogni cosa. Ma si è esagerato, cosicchè la affermazione, che la perenzione «opera di diritto», si riduce a significare, che, se e quando essa sia stata eccepita, la estinzione si considera avvenuta fin dal momento in cui si è compiuto

il periodo legale, dopo il quale l'inerzia produce effetto perentorio.

Peggio. Dal modo in cui è formulato l'art. 340, è sorta la questione, come possa fare la parte interessata a far accertare che il processo è perento (o che è perenta una fase), quando il tempo è decorso, ma le altre parti non riprendano gli atti. Si è dovuto concludere, che la parte interessata stessa possa riprendere, in questo caso, gli atti del processo, all'unico effetto di far dichiarare, che esso è perento. E di qui un'altra questione ancora e cioè se, decorso il tempo prescritto, la perenzione virtualmente sopravvenuta, possa esser allegata fuori di quel processo, senza che in quel processo sia stata accertata. Per esempio: se possa esser allegata in un altro processo, per sostenere che è cessata la litispendenza oppure per invocare una sentenza, sostenendo che è «passata in giudicato» per perenzione delle impugnative. Al che ci sembra debba rispondersi affermativamente (ma con qualche dubbio).

Quanto alle spese del giudizio, dispone l'art. 342, che «ciascuna delle parti sopporta le spese del giudizio perento», come è naturale, dal momento che la perenzione deriva da una inerzia di tutte, di cui ciascuna porta per proprio conto la responsabilità. La disposizione si applica alla singola fase, quando questa sola sia colpita dalla perenzione. Non influisce sulla disposizione la circostanza, che la perenzione venga o non venga espressamente accertata.

Il tempo necessario al verificarsi della perenzione, decorre naturalmente dall'ultimo atto di procedura, da chiunque sia stato compiuto, parti o giudice (art. 338, e v., sulla nozione di atto di procedura, il cap. VII).

Sciaguratamente, ma per necessità, si è desunto e si desume dalla stessa disposizione, che qualunque atto di procedura «interrompe» la perenzione, anche se non sia seguito dalle altre attività necessarie per arrivare ad una soluzione definitiva ed irrevocabile. Cosicchè, in conclusione, basta che una parte, di tempo in tempo (e il tempo, come abbiam visto, può essere anche di anni), compia un singolo atto (e

poi tutte restin ferme di nuovo), perchè il processo non si estingua mai più.

Ci sembra non ci sia bisogno di dire, che tutta quanta questa materia dovrà in ogni caso essere radicalmente rimaneggiata e riordinata, quando si arrivi alla riforma degli attuali ordinamenti del processo.

217 LA RINUNCIA AGLI ATTI del giudizio è un altro fenomeno processuale, che si connette strettamente al sistema dell'impulso processuale di parte. Le parti non solo possono non esercitare di fatto tale impulso, ma possono rinunciare ad esercitarlo, il che vuol dire rinunciare a promuovere lo svolgimento del processo. E allora si capisce, che, anche in questo caso, come in quello di perenzione, il processo, il quale non può più proseguire e dare risultati conclusivi nel suo complesso o almeno in qualche singola fase, deve, in tutto od in parte, cadere. Dispone infatti il codice di procedura, che «la rinuncia accettata produce gli effetti della perenzione» (art. 345 alinea). Questo è dunque, a sua volta, un fenomeno che talvolta produce la estinzione del processo, tal'altra volta la recisione del seguito o di qualche sua ramificazione.

E si capisce come la legge parli di «rinuncia accettata», perchè, siccome dal momento della costituzione del processo (notificazione della citazione introduttiva), la facoltà di esercitare l'impulso è comune a tutte le parti (sopra n. 210), il processo non può arrestarsi e cadere, se non vi rinunciano tutte quante. Però la espressione usata, non deve far credere si tratti di un accordo bilaterale o polilaterale di tipo contrattuale; si tratta piuttosto di un atto complesso (risultante da manifestazioni di volontà concorrenti), di contenuto esclusivamente processuale, di cui una parte prende di solito l'iniziativa, mentre le altre si limitano ad aderirvi.

Soltanto quando una parte dichiari di rinunciare, e le altre non abbiano alcun interesse a non aderire, giustamente la giurisprudenza ha ritenuto non esser più necessaria l'adesione, affinchè la rinuncia produca i suoi effetti.

Così, per esempio, se una parte abbia impugnata una sentenza totalmente favorevole all'altra parte e poi rinunci alla impugnativa, l'altra parte non ha interesse a non aderirvi; non è necessaria la sua adesione. Una applicazione dello stesso criterio, con qualche peculiarità di forma, si trova, del resto, nel codice, all'art. 550 e seg., a proposito di rinuncia al ricorso per cassazione, rispetto al qual caso erano necessarie delle disposizioni particolari, perchè, come abbiamo avvertito (sopra, n. 216), nella fase di cassazione non vi è luogo a perenzione.

La rinuncia agli atti, in sè e per sè, quando estingue il processo, non ferisce l'azione (nè le eccezioni) e cioè lascia intieramente impregiudicato il merito; però, estinguendo il processo, rende inutili le attività già spiegate. Se poi estingua qualche fase d'impugnativa, può rendere irrevocabili dei provvedimenti già pronunciati. Si capisce quindi come la legge lo consideri atto dispositivo di grave importanza, sebbene esclusivamente processuale, e quindi disponga all'art. 343 capov.: « Per le persone sottoposte al« l'amministrazione o assistenza altrui, la rinunzia non può « farsi nè accettarsi, fuorchè nella forma stabilita dalla legge « per abilitarle a stare in giudizio». E all'art. 344 dispone, che: « per la rinunzia agli atti del giudizio, l'accettazione » e la revoca della medesima, il procuratore deve essere mu« nito di mandato speciale, salvo che la parte sottoscriva « la comparsa ».

C'è finalmente una disposizione in materia di spese, che non poteva trovar luogo in materia di perenzione (v. sopra, n. 217). In caso di rinuncia; la parte che volontariamente ne prende la iniziativa, se vuole ottenere l'adesione delle altre, bisogna che si addossi in proprio anche le loro spese. Di qui la disposizione dell'art. 345 capov.: « Essa obbliga il rinunziante a pagare le spese del giudizio» (anche se nell'atto di rinuncia e in quelli di accettazione, nulla sia detto in proposito).

Se il rinunciante non concordi nella liquidazione o non paghi, riteniamo che il processo possa esser ripreso contro di lui per la liquidazione e la condanna. Non crediamo,

che per questo perda effetto la rinuncia, se non col consenso di tutte quante le parti.

218 AL CONTRARIO della rinuncia agli atti, che opera sul processo, e non sul merito, i negozii giuridici di rinuncia all'azione (o ad un determinato modo dell'azione) o rispettivamente alle eccezioni opponibili, operano sulla situazione sostanziale delle parti e non sul processo. La circostanza che l'azione o l'eccezione sia estinta per rinuncia (pura e semplice o negoziata o coordinata ad una transazione od ad altro negozio dispositivo: v. parte generale, n. 72, 118 ecc.), non impedisce, cioè, nè all'attore nè al convenuto, di chiedere che il giudice pronunci. Soltanto, che la rinuncia all'azione potrà mettere il convenuto in condizione di chiedere e ottenere il rigetto in merito della domanda, e viceversa la rinuncia all'eccezione (se altre non ve ne siano), potrà mettere l'attore in condizione di chiedere e ottenerne l'accoglimento (v. parte generale, n. 72).

Però, quando vi sia già processo pendente, le parti, addivenendo consensualmente ad una rinuncia di merito, ad una transazione ecc., possono anche riconoscere e dichiarare, che quel processo perde con ciò la sua ragion d'essere, appunto perchè i loro rapporti sono ormai contrattualmente definiti, regolati, sistemati ecc.; e possono pattuire di rinunciare anche agli atti. In tal caso o traducono l'accordo negoziale in una effettiva rinuncia processuale e il processo si estinguerà per effetto di questa rinuncia, o altrimenti ciascuna di esse può chiedere al giudice che, in base a quel patto, decida: non esservi più ragione nè possibilità di decidere sulla domanda («non luogo a deliberare o decidere del merito»), perchè è «cessata la materia del contendere» (cioè la materia originaria). Questa pronuncia però, soprattuto in caso di contestazione, prenderà carattere di decisione di merito, perchè implica l'accertamento della esistenza e dell'efficacia del negozio intervenuto fra le parti.

Nel caso di «conciliazione» in giudizio (v. parte generale, n. 120), questa estingue il processo, perchè implica

nello stesso tempo: un negozio sostanziale di sistemazione dei rapporti fra le parti, il riconoscimento che il processo non ha più ragione di essere, e finalmente una effettiva rinuncia agli atti del processo medesimo.

Non implica rinuncia agli atti, pur non essendo in sè e per sè una vera e propria rinuncia negoziale al merito, nemmeno la rinuncia processuale, che venga fatta da una parte in un processo già pendente, ad «insistere» (come si dice in pratica) su di una domanda od eccezione già proposta (al giudice o verso il giudice) in quel dato processo.

Questa figura differisce dalla vera e propria rinuncia negoziale al merito, perchè non opera direttamente sul diritto sostanziale, ma tende soltanto a determinare in un certo senso, favorevole all'altra parte, il contenuto della futura sentenza, alla quale potrà metter capo quel tal processo pendente. La differenza si rivela agli effetti pratici in ciò, che se quel processo per un motivo qualsiasi (perenzione, rinuncia agli atti ecc.) non giunga fino alla pronuncia della sentenza o se il giudice, per qualsiasi motivo, non tenga conto della rinuncia, essa rimane inoperante e non può essere invocata fuori del processo, nel quale era stata fatta.

Appunto perchè in questo caso essa tende ad influire sul contenuto della futura sentenza, questa specie di rinuncia, non implica, e non può implicare, rinuncia agli atti. Resterà piuttosto all'altra parte di vedere, se possa giovarsene per chiedere a sua volta l'accoglimento in merito delle proprie richieste o non piuttosto per chiedere, anche in questo caso, che il giudice dichiari «cessata la materia del contendere». Ciò che dipenderà, caso per caso, dalla materia stessa e dal tenore o dal contenuto della rinuncia, di cui si tratta.

Anche questa specie di rinuncia, quando assuma carattere espresso e definitivo, riteniamo che esorbiti dai poteri del procuratore (cfr., sopra, il n. 208), e che richieda gli stessi requisiti di capacità, rappresentanza ecc., che richiedono i veri e proprii negozii sostanziali di rinuncia.

§ 19. — *La sospensione e la interruzione della istanza*

Il corso del processo può esser sospeso od interrotto, per
219 effetto di circostanze o di avvenimenti estrinseci, che impediscano alle parti di esercitare ulteriormente ed ininterrottamente (in modo legittimo) il proprio impulso o che impediscano al giudice di esercitare le proprie funzioni.

Caso di sospensione espressamente preveduto dalla legge, è quello di cui all'art. 3 capov. cod. proc. pen. (pendenza di un processo penale, che possa influire su quello civile: cfr. parte generale, n. 91). Dello stesso tipo, secondo noi, è anche quello che sorge dalla querela di falso civile (v. più oltre, n. 219). In questi casi la legge prescrive, esplicitamente od implicitamente, al giudice di provvedere in questo senso (sospendere). Anche se le parti non glie ne facciano istanza o non siano d'accordo, egli deve farlo d'ufficio (e, se non ci sia l'accordo, per sentenza).

Il provvedimento (sia ordinanza o sentenza) si dovrà considerare evidentemente come interlocutorio, perchè non chiude il processo, ma lo lascia pendente. Se si tratti di sentenza, è impugnabile come tutte le altre. Ma divenga o non divenga, prima o poi, in un modo o nell'altro, formalmente irrevocabile, non decorre il termine di perenzione del processo, perchè la impossibilità di proseguire negli atti sospende automaticamente anche questo termine. Esso comincerà invece a decorrere, secondo noi, automaticamente, quando sia cessata la ragione della sospensione (arg. dall'art. 3 del cod. proc. pen.).

Fuor di questo caso espressamente previsto, e di qualche altro occasionalmente contemplato in provvedimenti legislativi straordinarii (guerre, calamità pubbliche ecc.), il giudice può ordinare la sospensione, quando ragioni di ordine processuale lo esigano (ad es. per la pendenza di altra causa pregiudiziale civile, quando sia impossibile la riunione; v. sopra, nn. 186 e 188). E le conseguenze saranno del tutto analoghe.

La interruzione del corso del processo (o, come dice
220 la legge, « della istanza ») può avvenire, almeno in certe fasi o in certe situazioni, per il verificarsi di questi eventi: morte o cessazione (anche se transitoria) dall'esercizio della sua professione, di uno dei procuratori costituiti; morte oppure cambiamento di stato, di capacità o di rappresentanza di una delle parti. Sono tre casi, sui quali ci eravamo riservati di tornare fin dai capitoli precedenti (nn. 123, 204 e 207).

La morte o cessazione del procuratore secondo l'art. 334 opera in modo automatico, senza bisogno di alcuna formalità, nè di alcun provvedimento, dal momento in cui essa si verifica, semprechè il suo ministero sia in atto. Il che avverrà in ciascuna fase del procedimento, per la quale abbia effetto la sua costituzione in giudizio (sopra, n. 207), e prima che in questa singola fase la causa sia « in istato di essere giudicata », cioè fino al momento in cui non ci siano più atti di parte da compiere (in quella fase) per mettere il giudice in grado di deliberare (artt. 334 e 335). Gli atti che vengano compiuti dalle altre parti dopo il momento in cui si determina la interruzione, sono nulli rispetto alla parte che è rimasta priva del procuratore. La disposizione si spiega facilmente, data la natura e la disciplina del ministero dei procuratori nel processo. Può esservi forse qualche eccezione per singoli atti, ai quali il procuratore rimane estraneo, ma è cosa discutibile, e sulla quale non saremmo qui in grado di entrare in dettagli.

La interruzione può essere evitata (o non ha conseguenze), se, cessando dall'ufficio un procuratore, la parte provveda senz'altro alla sua sostituzione, prima che il fatto possa determinare una discontinuità.

Altrimenti il processo interrotto può essere rimesso in corso (« riassunto ») dalla stessa parte rimasta priva di procuratore, mediante una « comparsa, notificata ai procuratori delle altre » o mediante citazione degli stessi procuratori, se siano costituiti in causa, e altrimenti mediante citazione delle parti stesse. Può essere riassunto dalle altre parti, mediante citazione di quella rimasta priva di procuratore (art. 330). Se nessuna prenda questa iniziativa, riteniamo che possa aver luogo la perenzione, considerando il relativo termine in corso dal momento della interruzione (ma è dubbio).

Se il procuratore muoia o cessi dopo che la causa era «in istato di essere giudicata», la notificazione della sentenza che avrebbe dovuto farsi al procuratore, si fa alla parte a sensi dell'art. 367, e l'evento non ha altre conseguenze interruttive neanche sul seguito, e neanche (a quanto crediamo) se la sentenza sia interlocutoria. La notificazione implica cioè, in questo caso, riassunzione della istanza.

Queste disposizioni non si applicano nella fase di cassazione, nella quale non c'è costituzione di procuratore (sopra, n. 209). La legge non le trasporta al caso della morte o della cessazione dell'avvocato, il che vuol dire che questa fase prosegue senza interruzione, anche se una delle parti rimanga priva di difesa.

221 La morte di una delle parti determina, come sappiamo, un fenomeno di successione rispetto alla azione (vera o pretesa), sia dal lato attivo che dal lato passivo; la successione avviene nello stato in cui si trovava l'azione rispetto al suo esercizio processuale (v. più sopra, n. 123), cosicchè i successori dovrebbero subentrare nel processo alla parte defunta.

Però la legge dà una serie di disposizioni per regolare il passaggio ed anche per impedire, che ciò si risolva in una ingiusta sorpresa per i successori (che possono non essere al corrente del processo pendente) oppure in una eccessiva remora per le altre parti. Così ne può risultare, anche in questo caso, una interruzione della istanza, con successiva riassunzione o ripresa.

Nemmeno questa frattura temporanea avviene, se i successori spontaneamente assumano la continuazione del processo, costituendosi senz'altro in giudizio in luogo della persona scomparsa, senza o prima che la frattura possa avere conseguenze pratiche. Ma non si poteva e non si può presumere he essi abbiano sempre questa possibilità o questa diligenza.

Dispone pertanto la legge, che, se la morte avvenga dopo la citazione, ma prima dell'udienza fissata per la comparizione davanti al giudice, la citazione stessa deve esser «rinnovata». Il che non esclude però, secondo noi (ma è dubbio), che il

processo rimanga pendente, cosicchè decorre il termine di perenzione rispetto ai successori.

Se la morte avvenga dopo quella udienza, comincia un regime piuttosto singolare.

Se si sia costituito in giudizio un procuratore per la parte che poi venga a scomparire, il processo non si interrompe automaticamente. Si interrompe soltanto se il procuratore costituito notifichi alle altre parti la sopravvenuta morte di quella, per cui esercitava il suo ministero. Se il procuratore non notifichi, deve dunque ritenersi che il procedimento prosegua nominalmente per il morto o contro il morto, con effetto però per i suoi successori (arg. dall'art. 332). Ciò, sotto la responsabilità civile e disciplinare del procuratore stesso verso costoro.

Però si potrebbe forse desumere dall'art. 468, che la notificazione della sentenza non fa decorrere i termini per impugnare le sentenze pronunciate, se non sia notificata ai successori. E in ogni modo (questo è certo), se la morte avvenga dopo la notificazione, il termine rimane sospeso automaticamente, cioè senza che vi sia stata notificazione dell'evento, secondo la espressa disposizione dello stesso art. 368.

Quando venga notificata la morte nel corso di una fase, ne segue dal momento della notificazione la interruzione (art. 333).

Il processo può essere ripreso con una citazione fatta dai successori ai procuratori delle altre parti o dalle altre parti ai successori del defunto, secondo le disposizioni dell'art. 336, già citato sopra (n. prec.) a proposito della morte o cessazione del procuratore. Se i successori siano più, non è meccanicamente escluso, che il processo possa esser riassunto contro uno o contro qualcuno e non contro gli altri. Potrà però esser integrato con l'intervento e con la chiamata degli altri (sopra, nn. 157 e segg.). Riteniamo anzi che, se non vi sia rinuncia agli atti o rinuncia al merito rispetto agli altri, il giudice debba ordinare l'integrazione d'ufficio (sopra n. 161), per evitare che il processo, unico nelle sue origini, si frazioni a mezza strada con distinte e separate prosecuzioni.

Se la parte o i singoli successori di una parte, citati per

riassumere l'istanza, non compariscono, il processo prosegue in loro « contumacia » (v. sopra, su questa nozione, il n. 214 e più oltre il § 30).

Se non venga riassunta l'istanza, ne segue, secondo noi (ma è dubbio), la perenzione, e il relativo termine decorre dal giorno della notificazione della morte.

Quando non ci sia stata costituzione di procuratore per la parte che poi venga a scomparire (e la parte stessa non sia costituita neppure personalmente, là dove la legge lo consenta), sembra che la interruzione non abbia luogo, nel corso di quella data fase. Il processo prosegue ininterrottamente « in contumacia ». Valgono però per la notifica della sentenza e per le impugnative le regole ricordate sopra (in applicazione o per argomentazione dall'art. 468).

Quando la parte che poi venga a scomparire, si fosse personalmente costituita (là dove la legge lo consente), riteniamo che, nel silenzio della legge, debbano applicarsi per analogia le regole sulla interruzione automatica per morte del procuratore, e non quelle relative alla morte della parte, che abbia costituito procuratore.

Alla morte della parte, persona fisica, va equiparata la scomparsa di persone giuridiche, che dia luogo a fenomeni di successione (es. fusione di società commerciali o di altri enti).

222 Il MUTAMENTO di capacità o di rappresentanza (necessaria) di una parte in corso di processo, è trattato dalla legge alla stessa stregua del caso della morte, per ciò che riguarda l'interruzione, la riassunzione ecc. (cfr. art. 332 e segg. già citati). Qui, come abbiamo già avvertito (n. 205), non c'è un fenomeno di successione e di mutamento delle parti, e quindi nell'evento che si verifica, in sè e per sè considerato, non c'è analogia ; ma l'analogia sorge dalla necessità di assicurare, da un lato, la difesa dell'incapace (o della persona giuridica rappresentata) o di chi lo diventa in corso di processo o di chi, essendolo in origine, cessa di esserlo, e dalla necessità di comtemperare, dall'altro lato, questa esigenza col rispetto degli interessi delle altre parti.

La citazione in riassunzione, quando abbia luogo, o la notificazione delle sentenze o delle impugnative, dovrà esser fatta da chi oppure a chi debba « stare in giudizio » dopo il mutamento.

Dall'art. 332 sembrerebbe, che tutte queste disposizioni si debbano applicare anche nel caso in cui cessino dall'ufficio la persona o le persone fisiche che stavano o dovevano « stare in giudizio » come rappresentanti, e siano sostituite da altre persone nello stesso ufficio. Riteniamo che la disposizione debba essere interpretata restrittivamente, distinguendo i casi, in cui la rappresentanza è affidata ad una determinata persona fisica come tale (es. genitore esercente la patria potestà, tutore), da quegli altri in cui vi è costituzione di un « organo » rappresentativo (parte generale, n. 22). In questi ultimi casi non vi è luogo, secondo noi, a interruzione e riassunzione di istanza, se mutino le persone fisiche componenti dell'organo, ferma restando invece la costituzione e le funzioni dell'organo come tali.

È da considerarsi come cambiamento di stato il fallimento e, per le società commerciali e per le altre persone giuridiche, la messa in liquidazione ; per i patrimonii amministrati, la loro effettiva devoluzione di fatto al vero titolare. Forse non altrettanto, la introduzione o la cessazione del beneficio di inventario. E ci fermiamo per ragioni di misura, sebbene molto altro ci sia da dire su tutti questi fenomeni e su altri analoghi o connessi.

La cessazione o il mutamento della rappresentanza volontaria (anche fuor dei casi in cui si tratti di componenti di un organo rappresentativo) non determina, secondo noi, interruzione della istanza, neanche se notificata. Il caso, non regolato dalla legge, è discutibile.

CAPITOLO QUINTO

FUNZIONI DELLE PARTI E DEL GIUDICE NELLA DETERMINAZIONE DEL CONTENUTO DELLA PRONUNCIA FINALE. FATTO E DIRITTO, PROVE, SPESE, CONTUMACIA

SOMMARIO: § 20. Poteri stromentali e mezzi intellettuali del giudice nel processo. Fatto, diritto e «regole di esperienza». — § 21. Temi intorno ai quali si polarizzano le funzioni delle parti e del giudice: determinazione della materia del contendere. — § 22. Temi (continuazione): la verificazione degli estremi richiesti per decidere del merito. Procedibilità e improcedibilità processuale. — § 23. Temi (continuazione): proponibilità e fondamento di merito delle azioni e delle eccezioni. — § 24. L'onere della prova e le funzioni delle parti in ordine alla prova. — § 25. Prova e mezzi di prova, in generale. — § 26. La confessione delle parti. — § 27. Prove precostituite e prove semplici (incombenti); produzioni e deduzioni; esecuzione delle prove semplici. — § 28. Il giuramento delle parti nelle sue varie figure. — § 29. Le funzioni del giudice rispetto alla istruttoria di merito. Provvedimenti sulle spese e sui danni. — § 30. Il regime della « contumacia ».

§ 20. — *Poteri stromentali e mezzi intellettuali del giudice nel processo. Fatto e diritto, « regole di esperienza ».*

IL CONTENUTO della pronuncia finale del giudice, che
223 chiude il processo, schematicamente sappiamo ormai che cosa può contenere (decisione del merito oppure decisione di non poterne decidere; in ogni caso: spese ed eventualmente danni del processo).

Alla sua determinazione, concorrono tutte le attività delle parti e del giudice nel corso del processo, che abbiamo prospettate nel capitolo precedente sotto l'aspetto di fattore propulsivo e quasi diremmo meccanico. Ma per quel che riguarda il contenuto, filtrerà nella pronuncia finale

attraverso il vaglio della cognizione, ciò che quelle attività abbiano apportato di sostanziale e di veramente utile ai fini di giustizia nel caso concreto, controllato al lume del diritto e depurato di tutte le scorie, superfluità, diversioni ed aberrazioni, con cui può essere inquinato o frammisto, come è nella natura stessa di un procedimento dialettico, in contraddittorio fra parti interessate contendenti fra loro.

Nel presente capitolo non ci proponiamo più di esaminare il processo nel suo lato meccanico, nè di seguirlo nei variabili meandri delle sue fasi. Ci proponiamo piuttosto di illustrare, come, al di sotto di quelle multiformi vicende esteriori, maturi a poco a poco il contenuto della pronuncia finale, e quale contributo intrinseco ciascuno dei varii soggetti può arrecarvi, il che costituisce a sua volta il possibile contenuto delle funzioni di ciascuno (parti e giudice). Altro infatti è sapere come si arrivi (meccanicamente) a far emettere una o più sentenze, altro è sapere che cosa (sostanzialmente) vi debba esser «dentro».

Si capisce che a questo effetto, parlando di parti, intendiamo alludere a tutte quelle che intervengano come tali, in tutto il corso del processo, senza preoccuparci qui di distinguere se abbiano agito personalmente o meno, se abbiano mutato stato o capacità, se siano subentrate le une alle altre per successione ecc.. E parlando del giudice intendiamo alludere, come tante altre volte, a tutta la serie o il complesso degli organi e degli ufficii, che, a loro volta, danno opera al processo nelle sue varie fasi. Anzi, anche quando parliamo di pronuncia finale non intendiamo alludere ad un atto (sentenza), che sia sempre e necessariamente unico per la forma. Dato l'ordinamento attuale, può anche essere che il contenuto nella pronuncia finale si formi progressivamente e, debba desumersi e ricomporsi da più atti formalmente distinti (più sentenze) e magari anche di giudici diversi. Può essere, ad esempio, che in una fase o in una serie di fasi sia stato deciso, con sentenza divenuta irrevocabile, della competenza o di altri presupposti della decisione di merito e che del merito si decida invece in prosecuzione del processo, in una fase successiva o in un'altra serie di fasi. Può anche

essere che del merito stesso decida in parte (per certi punti e per certi capi) una sentenza, ordinando la prosecuzione per il resto (ad esempio per assumere, sul resto, delle prove) e che di questo decida, dopo un altra fase od altre fasi, un'altra sentenza. Quando finalmente si chiude per sempre il processo, il risultato finale bisognerà estrarlo dalle varie sentenze, ricomponendole intellettualmente ad unità. Neanche di questo vogliamo preoccuparci per ora (e ci riserviamo anzi di occuparcene nel cap. VI, parte finale), intendendo quì di studiare, come abbiamo detto, il contenuto e non la forma, la sostanza e non gli accidenti.

A questo effetto, bisognerà aver presente tutto quello che abbiamo già detto fino dalla parte generale sulle funzioni dei varii soggetti nel processo (v. parte generale nn. 89, 92 e seg., 33 e seg. ecc. e più addietro, nn. 152 e segg.), tenendo ben presente che le funzioni delle parti servono ad un loro «interesse» processuale (di far valere nei limiti legittimi le loro rispettive ragioni presso il giudice), ma possono assurgere ad un «onere» per loro, quando dal non esercitarle derivi un pregiudizio a quell'interesse. Le funzioni del giudice invece servono sempre e soltanto all'adempimento di un «dovere» di ufficio (dovere di giustiz a) e si esercitano mediante i suoi «poteri» sovrani, con i mezzi e con i metodi dei quali si deve servire. Sul quale ultimo punto gioverà anzi tornare brevemente.

I MEZZI E I METODI di ordine intellettuale dei giudici,
224 come organi od ufficii, bisogna spiegarseli innanzitutto ricordando, che essi sono composti di funzionarii dotati di certi requisiti non solo morali, ma di cultura: di cultura generale e di cultura specifica in materia di diritto. I modi di scelta e di assegnazione, preveduti e disciplinati dall'ordinamento giudiziario, dovrebbero precisamente assicurare, che questi requisiti non facciano difetto. Tra i mezzi materiali posti a loro disposizione, dovrebbero esserci d'altra parte tutti quei sussidii che possano servire caso per caso alla migliore utilizzazione della preparazione culturale (libri, stromenti ecc.). Certe deficienze accidentali nella scelta e la disperata povertà delle attuali dotazioni di mezzi, non

devono esser assunti come un paradigma, ma come un fenomeno patologico e transitorio, destinato ad essere eliminato con efficaci rimedii, se si vuole che la giustizia praticamente funzioni, come è nei voti di tutti.

Agli effetti della procedura, tutto quello che è (o che dovrebbe essere) scienza e preparazione generica dei funzionarii, si considera scienza degli organi o degli ufficii, e deve essere impiegata, tutte le volte che l'organo o l'ufficio è chiamato ad esercitare le proprie funzioni.

Le parti si trovano di fronte cioè ad un organo, il quale — nelle persone dei suoi componenti — è in grado di leggere, di scrivere e di far conto e non di leggere soltanto dei saggi di cronaca e di letteratura, ma, quando occorra, anche il gergo dei notai e dei tecnici (e non parliamo di quello degli avvocati), di leggere (nelle righe e fra le righe) un libro di commercio o il bilancio di una società, di capire un disegno o un tipo planimetrico, di porre e di intendere, se non sempre di risolvere, un problema tecnico, di fisica, di chimica o di meccanica, di rendersi conto di un fenomeno psicologico o patologico e soprattutto della psicologia (nel senso volgare ed empirico della parola) degli uomini, dei quali deve giudicare gli atti ed i comportamenti. Non si può pretendere che sia onniveggente ed enciclopedico: il limite è quello comune o normale dell'uomo, che ha superati gli studii universitarii, ha fatto un largo tirocinio pratico nell'esame di casi concreti, vive nel suo « ambiente » con gli occhi aperti, quelli del corpo e quelli della mente. E, in questo, dovrebbero trovarsi, idealmente, in istato di parità di preparazione tanto il giudice quanto quei procuratori ed avvocati, del cui ministero le parti or debbono or possono servirsi (sopra, n. 206).

Può essere naturalmente, che per una indagine di verità intorno a certi casi della vita, i mezzi di apprezzamento, di ragionamento, di induzione ecc., che possiede il giudice, non gli bastino. La legge ammette, che le parti si propongano di aiutarlo, per così dire, nelle eventuali difficoltà, mediante l'avviso di tecnici, di esperti o di scienziati, e che egli stesso (il giudice) di ufficio vi ricorra, quando la sua coscienza glielo consigli. Questo è uno degli utili impieghi,

come vedremo, della « perizia » (artt. 252 e seg. cod. proc. civ.), come mezzo ausiliario di prova. Ma quali siano secondo la legge i mezzi intellettuali, di cui deve (o dovrebbe) potersi servire il giudice, si vede proprio qui, perchè la legge aggiunge (art. 270): « L'avviso dei periti non vincola l'au- « torità giudiziaria la quale deve pronunciare secondo la pro- « pria convinzione », onde si suol dire dai pratici, che il giudice è « il perito dei periti ».

Tutto questo si suol esprimere (più o meno felicemente) anche dicendo, che il giudice deve conoscere « le regole di esperienza », e « i fatti notorii ».

Fuori di qui però, si suol dire viceversa, che il giudice « ignora i fatti ». Questo significa che, quando le parti alleghino od invochino dei fatti o dati di fatto particolari e concreti, che non siano materia di esperienza, di cultura o di notorietà generale nel senso or veduto, il giudice non può formarsi una convinzione in proposito, se non in base a quanto gli risulti ufficialmente dagli atti o dalle carte del processo. Per questo lato, ciò che non risulta dagli atti, non esiste al mondo: anche se per accidenti o per contingenze della loro vita personale, i singoli funzionarii che in un dato momento compongono l'organo giudiziario adito, siano informati di qualche cosa, non se ne possono servire, quasicchè, indossando la toga, dovessero spogliarsi delle notizie apprese nella lor vita di uomini privati. Che se psicologicamente non si sentissero di farlo, questo dovrebbe essere per loro motivo di scrupolo sufficiente per astenersi dall'esercitare nel caso concreto le loro funzioni (art. 119 capov. cod. proc. civ.). Nè ciò può parer strano, perchè è una esigenza della struttura dialettica del processo, che il giudice non si possa valere di fonti « stragiudiziali », sulle quali il contraddittorio delle parti non può aver luogo, e perchè solo così l'operato di ciascun organo diventa controllabile dagli altri e dalla pubblica opinione. Il che, come vedremo, costituisce poi, per converso, il presupposto di quell'onere di allegazione e di prova, che fa carico alle parti e di cui riparleremo.

Ma c'è viceversa qualche cosa d'altro — fuori dell'ordine dei fatti — che il giudice sa e deve sapere più di tutti, sopra

tutti e quasi diremmo sovranamente; ed è il diritto. Per arrivare ad una pronuncia, i fatti non sono che uno degli elementi necessarii. Su di questi bisogna poi ragionare « in diritto ». Lo abbiamo avvertito fino dalle primissime pagine della parte generale, prospettando il modo tipico di ragionare del giudice per sillogismi, quasi come un emblema della sua funzione (n. 33). È venuto il momento di ricordarselo.

Però anche qui bisogna intendersi. Che il giudice debba sapere il diritto, significa innanzitutto che deve conoscere le fonti legislative dell'attuale ordinamento giuridico (per il che pensiamo, che si dovrebbe partire dallo statuto del Regno: 1848). Significa ancora, che egli deve saper interpretare le fonti e ricavarne le norme (nel senso già veduto nella parte generale, n. 7 e segg.). E tra i mezzi a sua disposizione, ci dovrebbero essere a questo scopo (sia detto fra parentesi) almeno le relative raccolte e i mezzi di studio necessarii. Ne consegue che, anche se le parti, illustrando le proprie ragioni, non sappiano indicare esattamente le fonti o dimostrino di non saperle interpretare, o magari ad arte cerchino di equivocare o faccian mostra di una maliziosa ignoranza, il giudice deve correggere, sostituire, supplire, ragionar bene in diritto, dove gli altri hanno ragionato male. In questo non può prender pareri, sentire consigli, allegare che da solo non può e non sa, oppure che non gli sono stati forniti gli elementi necessarii.

Da questo punto di vista si può dire che il giudice, rispetto agli elementi di diritto della materia del contendere, è posto dalla legge in una posizione radicalmente diversa, anzi antitetica ed opposta a quella che deve assumere rispetto ai fatti concreti, che non siano materia di cultura o notorii a tutti.

Soltanto quando la nostra legge rinvii ad altre fonti, di diritto straniero, di diritto antico, di diritto consuetudinario, la antitesi si attenua un poco, perchè il giudice se conosce anche queste fonti, può servirsene; ma può anche ignorarle e allora bisogna che siano le parti a fornirgliele e magari a dargliene la prova, come se si trattasse di un

fatto (come può avvenire, ad esempio, per le consuetudini). Dimostrata però la fonte, torna anche qui ad essere sovrana la funzione del giudice di interpretarle e di ricavarne le norme.

Resta a vedere, agli effetti di questa diversa posizione del giudice, come si distingue il fatto dal diritto.

Qui, per non perderci in generalità troppo astruse, converrà ricordare quello che abbiamo detto nella parte generale intorno ai diritti soggettivi, alla loro nascita e alle loro vicende (n. 10 e 11), e similmente quello che abbiam detto della nascita, vita e vicende delle azioni (n. 70 e seg.). Risulta di là, come ogni diritto in senso soggettivo e ogni atto o fatto da cui un diritto (e quindi anche una azione, come diritto) può sorgere, esserne modificato, trasferito od estinto, ha un substrato pregiuridico od extra-giuridico, rappresentato dalla esistenza, per esempio, di determinati interessi o dal verificarsi di determinati casi, vicende, episodii della vita. Questi elementi, in sè e per sè pregiuridici, possono esser presi in considerazione ad effetti giuridici (o acquistano, come altrimenti si dice, rilevanza giuridica), in quanto presentino certi caratteri preveduti dal diritto o prendano effigie dagli schemi che esso predispone. Dove questo si verifichi, il diritto connette al verificarsi di quei fenomeni della vita pratica, l'entrare o l'uscire di vigore di certe sue norme, rispetto a determinate persone, a seconda della effigie che il fenomeno assume, onde si potrà dire per esempio che una persona acquista un certo diritto in senso soggettivo o che per lei sorge una azione, che il diritto o l'azione assume un certo contenuto od un certo altro, per altre persone ne sorgono dei determinati doveri o delle determinate soggezioni o che diritti o doveri o soggezioni si tramutano, si trasformano o cessano.

Il giudice, invocato in concreto perchè dia certi provvedimenti, bisognerà che verifichi, se si sono o non si sono verificati quei « casi » o quei fatti, che, secondo il diritto, ne giustifichino l'emanazione, con quel procedimento mentale che pure abbiamo schematizzato a suo tempo nella parte generale (v. il n. 33 cit.).

Orbene: fino a che il giudice procede ad indagare, dal punto di vista della storia o, se la parola par troppo grossa, dal punto di vista della cronaca, se certi avvenimenti, certe vicende, certi episodii si siano verificati, precisamente come lo indagherebbe uno storico o un cronista, siamo sul terreno del fatto (ed il giudice è nella posizione di chi in partenza «ignora il fatto», se il saperlo non appartenga alla sua dotazione culturale generica). Quando invece il giudice debba determinare se quei certi avvenimenti, quelle certe vicende, quei certi episodii rivestano o non rivestano effigie giuridica e a quale delle infinite figure o degli infiniti schemi preveduti dal diritto, debbano essere ricondotti, il giudice si trova di fronte ad un problema giuridico; è già sul terreno del diritto (di quel diritto che egli «sa»). Ed è ancora e più che mai sul terreno del diritto (di quel diritto che egli «sa»), quando debba determinare se e quali norme giuridiche, in dipendenza di quel tal fatto, ormai giuridicamente qualificato e definito, sono entrate od uscite di vigore, per quali persone, con quali conseguenze, ecc. ecc..

Un esempio: si chiede al giudice la emanazione di un certo provvedimento (una condanna, una risoluzione di contratto ecc.), affermando che fra le parti è intervenuta, supponiamo, una compravendita di una certa cosa, per un certo prezzo, che questa è rimasta inadempiuta da parte del venditore ecc.. L'altra parte (supponiamo) nega, che la compravendita ci sia stata. Deve chiedersi il giudice, chi dei due abbia ragione. E allora per risolvere il problema che gli si presenta, dovrà scomporlo per analisi nei suoi elementi, così: è vero o non è vero che quel tal giorno, in quella tale occasione ecc. le parti hanno pronunciato quelle tali parole, si sono scambiate quei tali scritti, hanno fatto quei gesti, che l'una di esse narra ed afferma? Queste saranno questioni di fatto. E poi: secondo gli schemi e le definizioni che fornisce il diritto, può ravvisarsi in ciò la conclusione di un contratto e più precisamente di un contratto nominato, del tipo compravendita? Questione di diritto. Supposto che risolva affermativamente questi punti (prima di fatto e poi di diritto), dovrà domandarsi il giudice: dato che una compravendita è stata conchiusa, sorgeva per una parte l'obbligo di consegnare la cosa e per l'altra di pagare il prezzo (cioè entravano in vigore quelle norme che ponevano all'una l'obbligo di consegnare e all'altra di pagare)? Sarà questa una ulteriore questione di diritto. Poi procederà il giudice ad appurare, sempre secondo lo stesso metodo analitico, che comportamento successivo abbiano tenuto le parti, se questo agli occhi del diritto rivesta i caratteri dell'adempimento giuridico oppure no, e così di seguito fino a che possa arrivare a concludere: dunque condanno, dunque assolvo, risolvo, non risolvo ecc..

Premesse queste notizie generalissime, possiamo ormai procedere ad esaminare, che cosa il giudice può apportare «di suo» nella pronuncia finale e che cosa deve attendere invece dalle parti, nel che si risolve quello studio, che ora ci proponiamo di fare, delle funzioni delle parti e del giudice in ordine al contenuto e alla sostanza della pronunzia medesima.

§ 21. — *Temi intorno ai quali si polarizzano le funzioni delle parti e del giudice: determinazione della materia del contendere.*

I TEMI in ordine ai quali si polarizzano nel processo
225 le varie funzioni del giudice e delle parti, si debbono distinguere a nostro avviso così:

determinazione della materia del contendere;

verificazione degli estremi o dei presupposti per una legittima e valida decisione del merito;

formazione della convinzione del giudice, circa la decisione del merito (al qual proposito bisognerà poi suddistinguere, ma lo faremo dopo, varii punti del problema di merito).

A questa distinzione dei temi, non corrisponde necessariamente una separazione cronologica di momenti successivi del processo, perchè nel nostro ordinamento le parti possono (e in una certa misura anzi devono o dovrebbero) offrire fin dal primo momento tutti gli elementi che dipendono da loro su tutti i varii temi; la trattazione può essere promiscua e fin dal primo momento in cui entra in funzione,

il giudice può trovarseli dinnanzi tutti quanti insieme. Ma logicamente i temi si devono tenere distinti, perchè, di fronte a ciascuno di essi, sono diverse le funzioni rispettive del giudice e delle parti, e soprattutto perchè il giudice, anche se li abbia tutti dinnanzi a sè, deve affrontarli progressivamente nell'ordine su indicato, per dettare la sua pronuncia. Cosicchè quella distinzione, che non si attua nella cronologia, bisogna ciò non ostante averla sempre presente all'intelletto.

226 DETERMINAZIONE DELLA MATERIA del contendere: questo tema ha la precedenza logica su tutti gli altri, perchè non rappresenta soltanto la posizione del problema o dei problemi, che il giudice dovrà eventualmente risolvere nel merito, ma anche il dato al quale va commisurata la sussistenza dei presupposti, perchè possa legittimamente pronunciare nel merito. Come potrebbe, per esempio, il giudice verificare se è competente, prima di aver stabilito di che cosa si contende?

In ordine a questo tema — della materia del contendere — sono evidentemente fondamentali e preminenti le funzioni delle parti. Il giudice infatti, quando decide del merito, può accogliere o respingere le domande, che gli sono proposte; in questo senso deve pronunciare su tutte (arg. dall'art. 517, n. 6), ma non al di là o al di fuori di esse (arg. dall'art. 517, n. 4 e 5 cod. proc. civ. e v. sopra nn. 84 e 90 della parte generale e n. 152). Le domande non gli possono venire, dunque, se non dalle parti.

Fondamentalmente anzi, si può dire che questa (di proporre con la domanda la materia del contendere) è funzione dell'attore; e che l'attore deve esercitarla fin dall'origine, perchè, per definizione, soltanto dalla sua domanda sorge il processo (sopra, n. 210).

La materia così inizialmente proposta dall'attore, può tuttavia essere ampliata in corso di processo, per effetto di attività del convenuto o per intervento di terzi.

Ricordiamo infatti, che conoscere della domanda implica anche conoscere delle relative eccezioni, e cioè dei motivi di rigetto. Ora, finchè questi motivi possano essere

rilevati dal giudice sull'esame degli atti (da qualunque parte questi gli provengano), non si può dire che il conoscere delle eccezioni allarghi la materia del contendere: non è che un aspetto indeclinabile della cognizione in ordine alla domanda. Però ci sono delle eccezioni (in senso ristretto o ristrettissimo), che il giudice non può prendere in considerazione, se non vi sia in questo senso una istanza del convenuto (v. parte generale, n. 68, con esempii). In questi casi l'attività del convenuto, che proponga eccezioni di questo tipo, in un certo senso amplia la materia della cognizione del giudice, non già perchè ne estenda l'ambito perimetrale, ma perchè in quell'ambito inserisce circostanze o ragioni, che non potrebbero altrimenti esser considerate.

Ma in certi casi il convenuto può anche estendere veramente l'ambito della materia, quando proponga quelle eccezioni che si sogliono chiamare, a quanto abbiamo detto, « eccezioni riconvenzionali ». Lo abbiamo già visto a proposito di competenza, là dove abbiamo avvertito che questa estensione può determinare perfino uno spostamento della competenza, da un organo all'altro (v. sopra, n. 182).

E, sempre a proposito di competenza, abbiamo già visto anche come il convenuto possa proporre nello stesso processo anche delle « domande riconvenzionali » (sopra, n. 153 e 187). Qui la estensione è anche più palese, perchè non si tratta più soltanto di ampliare l'oggetto, ma di inserire nel processo una pluralità di oggetti, sebbene collegati fra di loro da elementi di connessione.

La materia del contendere potrà venire estesa nel suo ambito anche in dipendenza di interventi di terzi. Questo non avverrà quando i terzi intervengano per integrare il contraddittorio (v. sopra, n. 155) oppure soltanto per cooperare in via di adesione alla vittoria dell'una o dell'altra parte, perchè in questo caso si tratta sempre di decidere della domanda già proposta, anche nel loro interesse indiretto o riflesso (v. sopra, n. 159). Ma estensione ci sarà, quando il terzo intervenga per proporre delle proprie domande contro tutte le parti già in causa o in concorso di una o di alcuna delle parti contro le altre (v. sopra, n. 157). Esten-

sione ci sarà anche quando un terzo sia chiamato in causa per proporre domande anche contro di lui o affinchè si formi un accertamento anche nei suoi confronti (v. sopra, n. 157 cit.).

Per queste ragioni possiamo dire, che la proposizione della materia del contendere può essere — sebbene in diverse contingenze — funzione di tutte le parti: dell'attore, del convenuto e dei terzi intervenuti o chiamati ad intervenire.

Limiti a questa estensione non ci sono, se non quelli derivanti dal requisito della connessione (v. sopra, n. 156 e segg.). Quanto al tempo in cui la estensione possa avvenire (tempo processuale, con riferimento alla serie degli atti), riteniamo che soltanto in primo grado possano essere ammesse le domande riconvenzionali e quelle di terzi o contro terzi intervenuti (arg. dall'art. 490 al. cod. proc. civ., che vieta le domande nuove in appello, salva però la eccezione dell'art. 491 in materia di intervento di terzi). Dubbia invece può esser la cosa, per le eccezioni riconvenzionali del convenuto (perchè da un lato lo stesso art. 490 ammette le eccezioni nuove in appello, compresa espressamente quella di compensazione, ma dall'altro lato non bisogna dimenticare, che qui l'eccezione può implicare una domanda di accertamento). Una soluzione intermedia può essere, che il giudice di appello rimetta nuovamente le parti in primo grado per tutta la causa, oppure (e soprattutto quando l'eccezione riconvenzionale determini uno spostamento di competenza) provveda provvisionalmente sulle domande, riservando la cognizione dell'eccezione in separata sede, con analogia al caso dell'art. 100 n. 2 e dell'art. 102 cod. proc. civ. (v. sopra, n. 182 e 187); ciò che sembra più attendibile.

Indipendentemente dalle considerazioni relative al grado, riteniamo poi, che quando si tratti di domande (da chiunque proposte), che determinerebbero l'estensione del processo a nuovi oggetti, non debbano essere ammesse (neanche in primo grado), quando possano ritardare « il corso della causa principale », e cioè del processo in ordine alla domanda originaria (arg. dagli artt. 199 capov., 244 capov. cod. proc. civ., 32 e 33 del reg. sul rito sommario 31 agosto 1901, altre volte citato).

Rimane finalmente a vedere, se, di fronte alle disposizioni che, entro questi limiti, ammettono le altre parti ad ampliare la materia del contendere, ciò non si debba consentire anche all'attore. Riteniamo che in massima si debba rispondere negativamente, salvo naturalmente quanto riguarda gli accessorii dell'oggetto della sua domanda, anche se maturati successivamente (v. sopra, n. 183) e salva la possibilità di replicare riconvenzionalmente alle eccezioni riconvenzionali o alle domande nuove altrui, nel qual caso la responsabilità di aver resa possibile questa estensione è delle altri parti e non sua. Se non si ammettesse in linea di massima il divieto all'attore di ampliare, non avrebbe più senso la regola (salutare e necessaria), che egli deve esporre la propria domanda nella stessa citazione introduttiva del giudizio (v. sopra, n. 152, n. 210 ecc.).

All'atto pratico però non si può non rilevare una grande rilassatezza della giurisprudenza nell'ammettere la estensione della materia del contendere in generale, anche sotto pretesto di considerare come nuovi « motivi » della stessa domanda, dei veri e proprii mutamenti di oggetto o di fondamento. Il che sembra dovuto ad una certa ripugnanza dei giudici ad un eccessivo formalismo, ma in definitiva non giova al più corretto, leale, serio e sollecito corso dei procedimenti.

227 ALLE FUNZIONI DELLE PARTI in tema di proposizione di domande e di eccezioni (materia del contendere) corrisponde processualmente un interesse ed un onere di « allegazione » o, come si dice in pratica, di « deduzione ».

Chi propone una domanda o una eccezione in senso stretto o una eccezione riconvenzionale, bisogna non solo che esponga alle altri parti ed al giudice, che provvedimento positivo o negativo intende di conseguire, ma che esponga anche quale è, secondo lui, il fondamento della sua domanda o della sua richiesta e cioè, per usare il linguaggio del codice nell'art. 137 (relativo alla citazione, ma che si può generalizzare): i fatti e gli elementi di diritto costituenti la ragione dell'azione o della eccezione, con le

conclusioni della domanda o della richiesta. L'attore deve o dovrebbe farlo, almeno sommariamente, nel suo atto di citazione introduttiva (art. 137 cit.); il convenuto nelle sue « comparse » di risposta (arg. dall'art. 162); la parte che cita in causa un terzo, nella relativa citazione (che deve esser comunicata anche alle altre parti già in causa: (arg. dagli artt. 193 e 203); il terzo che interviene, nella sua « comparsa » di intervento (arg. dall'art. 202).

Quanto ai compiti del giudice, in massima, si limitano alla rilevazione (« presa di atto » o « presa di conoscenza »), di ciò che le parti gli chiedono, per pronunziare poi in proposito.

Però, dalla regola che il giudice « sa il diritto » (v. sopra, n. 224) si deriva, che, mentre il giudice non può esorbitare nella sua pronuncia da ciò che gli è stato chiesto, nè porre a fondamento della pronuncia fatti che non siano stati espressamente « dedotti » a questo effetto dalle parti (e altrimenti esorbiterebbe, cioè giudicherebbe al di là o al di fuori di quello che gli è stato domandato), può correggere i ragionamenti di diritto e ragionar bene anche se le parti hanno ragionato male (e con ciò non esorbita: v. sopra n. 224 cit.).

Naturalmente, quando la materia venga ad esser ampliata in corso di processo per effetto di eccezioni o domande riconvenzionali, per domande di terzi intervenuti ecc., il giudice, prima di prender atto, dovrà verificare se l'ampliamento è ammissibile.

Questo però rientra (rispetto alla materia nuova) in quella verificazione degli estremi di procedibilità, di cui parleremo nel capitolo successivo. Avvertiamo soltanto che, se sorgano contestazioni sulla riunione di cause o sull'intervento di terzi, il giudice deve sentire tutte le parti prima di decidere, e quindi, in caso di istanza per la riunione, deve mettere le cause in parallelo, e poi decidere (anche sulla riunione) quando tutte siano state trattate (arg. dall'art. 31 reg. sul rito sommario); in caso di intervento (formalmente tempestivo) di terzi o di chiamata di terzi, deve lasciare che abbia luogo, salvo decidere, dopo sentito anche il terzo, se sia ammissibile o meno (arg. dagli artt. 204 cod. proc. civ. e 32 e 33 reg. sul rito sommario).

§ 22. — *Temi (continuazione): la verificazione degli estremi richiesti per decidere del merito. Procedibilità e improcedibilità processuale.*

LA VERIFICAZIONE DEGLI ESTREMI e dei presupposti
228 necessarii, affinchè il giudice possa (legittimamente) conoscere del merito (intesa questa « verificazione » nel senso di « controllo »), comprende, secondo quello che già sappiamo, la verificazione della propria competenza (v. sopra, n. 175) e la verificazione della capacità delle parti (v. sopra, n. 196), la verificazione della eventuale litispendenza o prevenzione da parte di altro giudice, per la stessa causa o per cause continenti o connesse (v. sopra, n. 186 e 188) e, rispetto alle domande nuove o alle eccezioni riconvenzionali, la verificazione della connessione e della tempestività. Nel seguito del processo può divenire necessaria la verificazione circa la eventuale perenzione, circa eventuali rinuncie agli atti (v. il n. 216 e 217), circa eventuali cause di sospensione o interruzione (v. il n. 219 e segg.) ecc.

Ci possono essere inoltre delle altre circostanze, che possono ostare alla procedibilità processuale della domanda (circostanze impeditive od ostative) e anche queste possono o debbono diventare materia di verificazione. Può ostare, per esempio, alla procedibilità processuale la esistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria fra le parti (v. sopra, n. 125), il patto di non proporre la domanda se non decorsi certi termini e al verificarsi di certe condizioni (v. sopra, n. 72), la apertura di una procedura di fallimento o di concordato, ecc.. Nel campo delle azioni contro la pubblica amministrazione, in materia di imposte, può ostare il fatto che la imposta non sia stata pagata (quando la legge imponga il previo pagamento, salvo ricupero, come condizione per proporre la domanda); in altri campi può ostare la prescrizione di esperire certi reclami in via amministrativa prima di agire giudizialmente, ecc. ecc.. Una elencazione esauriente sarebbe quasi impossibile e converrà accontentarsi degli esempii.

Rispetto a queste verificazioni, varie possono essere, nei varii casi, le funzioni delle parti e del giudice.

Il difetto di certi estremi o il concorso di certe circostanze impeditive od ostative possono infatti esser presi in considerazione dal giudice, soltanto se una qualsiasi delle parti li rilevi espressamente (esempio: litispendenza: sopra, n. 186). Altri, anzi, soltanto se siano rilevati da una certa parte e prima di ogni altra istanza o difesa di merito (esempio: incompetenza territoriale, rilevabile, almeno di regola, soltanto dal convenuto: v. sopra, n. 178; compromesso o clausola compromissoria, solo dal convenuto: v. sopra, n. 125 e 126; perenzione, solo dalla parte contro la quale si voglia proseguire il processo per il merito: v. sopra, n. 216).

Altre volte invece la improcedibilità od inammissibilità può esser rilevata dal giudice anche d'ufficio (esempio: incompetenza per materia e valore: v. sopra n. 177; incompetenza per grado o anche incompetenza per territorio in quei casi in cui le norme relative sono inderogabili: v. sopra nn. 191 e 177 in fine). S'intende però, che, anche quando la improcedibilità o inammissibilità dell'istanza sia rilevabile d'ufficio, nulla vieta che le parti la facciano presente al giudice.

In tutti questi casi, la pratica parla di eccezioni pregiudiziali, di procedura o « di rito » (rilevabili o non rilevabili anche d'ufficio, secondo i casi). E suol dire, che ne deriva una « improcedibilità » del giudizio per il merito od una « inammissibilità » (procedurale) della domanda per il merito. Non abbiamo difficoltà da opporre a questa terminologia. Soltanto bisogna avere ben cura di non confondere queste eccezioni, di ordine prettamente processuale, con quelle di « improponibilità » sostanziale della azione (e di cui più oltre, al n. 233).

Le eccezioni prettamente processuali (di « improcedibilità » o di « inammissibilità »), come quelle che tendono unicamente ad ottenere dal giudice che declini di conoscere del merito, per definizione non toccano il merito stesso e lo lasciano impregiudicato, e per questo appunto la pratica esattamente le qualifica come « di rito » e « pregiudiziali al merito ». Per conseguenza, anche se vengano

accolte, la sentenza non ha alcuna autorità di cosa giudicata sostanziale (v. sopra, n. 179).

229 Funzioni delle parti ci possono essere (come è chiaro da quanto abbiamo premesso), anche in ordine alla verificazione dei presupposti. Può essere anche (o precipuamente) di loro « interesse », che la decisione del merito non abbia luogo, se il processo non è « bene » costituito. Ma a questo effetto possono esserci o non esserci degli « oneri » processuali a loro carico. Bisognerà distinguere.

Se la eccezione è rilevabile d'ufficio, e i dati di fatto già risultano dagli atti e documenti di causa, non si può dire che vi sia per le parti alcun onere processuale, in senso proprio, all'effetto di far accogliere la eccezione. Il giudice può (anzi deve) provvedere, senza che nessuno glielo chieda e ha già gli elementi per provvedere, perchè quanto alle considerazioni di diritto, per dedurre dai fatti le relative conseguenze giuridiche, ha il dovere e la possibilità di farle di scienza propria, senza che nessuno gliele suggerisca (v. sopra, n. 224). Le parti che vi hanno interesse potranno semplicemente additare alla sua attenzione su questo punto, anche in forma di semplice denuncia, senza che occorra neppure una « eccezione » (istanza) specifica.

Ma se i dati di fatto non risultano, allora il giudice non può provvedere, nemmeno trattandosi di eccezione rilevabile d'ufficio, perchè, come sappiamo, quanto ai fatti, per per lui, ciò che non risulta dagli atti non esiste al mondo (v. sopra, n. 224 cit.). E allora, anche se la eccezione sia rilevabile di ufficio, bisognerà che una (almeno) qualsiasi delle parti gli esponga quei dati, invocando su di essi il suo esame. Sorge così, anche in questo caso, per lo meno un onere di allegazione, che non incombe legalmente piuttosto all'una che all'altra parte, ma al quale dovrà sobbarcarsi quella parte (qualsiasi), che creda di avervi interesse.

Quando poi la eccezione non sia rilevabile di ufficio, allora bisognerà che una qualsiasi delle parti (se l'eccezione è rilevabile da tutte indifferentemente), oppure proprio quella

parte a cui spetta (se è rilevabile soltanto da una di esse), chieda espressamente al giudice, con una apposita « conclusione » (istanza), di accogliere l'eccezione stessa e di declinare la cognizione del merito. E questa stessa parte avrà l'onere di allegare o « dedurre » espressamente i dati di fatto, sui quali l'eccezione si fonda.

La semplice allegazione sarà sufficiente, se i dati di fatto già risultino dagli atti e documenti di causa, per la solita ragione, che quanto ai ragionamenti di diritto il giudice deve provvedervi da solo.

Ma tanto per le eccezioni rilevabili di ufficio, quanto per quelle a istanza di parte, se i dati di fatto allegati non risultino dimostrati dagli atti e documenti, sorge il dubbio se la semplice allegazione di parte, di per sè, sia sufficiente a far accogliere la eccezione.

Il giudice (il quale ufficialmente « ignora i fatti »), di regola non può credere all'una o all'altra parte, sol perchè questa allega ed afferma qualche cosa. Il giudice, per porre dei dati di fatto a base della sua decisione, di regola, ha bisogno che gli siano dimostrati (cioè provati), in modo legalmente o moralmente e intellettualmente idoneo a quell'effetto. Ora, se a fondamento di una eccezione pregiudiziale « di rito » gli vengono allegati dei fatti non dimostrati, come si comporterà il giudice ?

Per esempio : è stata proposta con la domanda una azione personale davanti ad un certo giudice, come giudice del luogo del domicilio o della residenza del convenuto (v. sopra, n. 185). Il convenuto chiede, che il giudice dichiari la propria incompetenza, allegando che egli non ha nè domicilio nè residenza in quella circoscrizione (ma lo ha altrove). Domicilio o residenza, secondo la definizione che ne dà il codice civile, risultano da determinate circostanze di fatto. Ora supponiamo, che dagli atti e documenti di causa nulla risulti di queste circostanze. Come deciderà il giudice ? E in queste condizioni, dovrà essere il convenuto a dimostrare che egli non ha domicilio o residenza in quella circoscrizione, se vuol vedere accolta la sua eccezione, oppure dovrà esser l'attore a dimostrare che effettivamente il convenuto ha l'uno o l'altro nella circoscrizione stessa, se vuole che la sua azione abbia corso ? Questo è il problema.

La legge nonfo rnisce disposizioni espresse (e non sono direttamente applicabili quelle che dà, come vedremo, per il merito). Questo vuol dire, secondo noi, che si rimette, in questo campo, ai criterii che si possono desumere dall'ordinamento generale del processo o alla esperienza del giudice. E allora, in massima, crediamo di dover dire, che siccome, secondo i principii, deve esser l'attore a costituire « bene » il processo (in modo che possa condurre al risultato di merito a cui tende), nel dubbio, dovrebbe lui stesso dimostrare di averlo bene costituito. Praticamente ciò verrebbe a significare che, di fronte alla eccezione o alla contestazione del convenuto, sorgendo il dubbio, sorge in massima per l'attore l'onere di provare i dati di fatto, dai quali risultino gli estremi voluti.

Senonchè possono soccorrere in questo frangente, a favore dell'attore, delle presunzioni di carattere più o meno legale e delle illazioni, che il giudice può e deve trarre dallo stesso comportamento processuale delle altre parti, a tal segno, che questo onere resta grandemente alleviato e qualche volta praticamente eliminato.

Anche qui non possiamo procedere, se non per esempii tipici, di vario genere, che possano servire di orientamento negli altri casi. E riprendiamo innanzitutto quello già accennato testè : si contesta che il giudice adito sia competente per territorio, come giudice del luogo di domicilio o di residenza del convenuto. L'attore, di fronte alla eccezione, dovrà senza dubbio spiegare, perchè ha scelto quel giudice, e dimostrare quali elementi lo hanno indotto a ritenere, che in quel luogo (circoscrizione) fosse il domicilio o la residenza. Se non può addurre nessun elemento dimostrativo, il criterio generale di massima posto più sopra, starà contro di lui. Però il convenuto, per parte sua, deve ben sapere dove è il suo domicilio o la sua residenza ; ed egli stesso, più dell'attore e più di ogni altro, deve possedere gli elementi per dimostrarlo. Se si limiti a negare puramente e semplicemente, che il suo domicilio o la sua residenza siano

nella circoscrizione del giudice adito, senza dire nè dimostrare nulla di più, questo suo stesso contegno evasivo, bene potrà esser invocato dall'attore, come un elemento di presunzione circa il difetto di fondamento della eccezione, elemento che può avere anche un peso decisivo. Se poi ambedue le parti adducano degli elementi dimostrativi, in un senso o nell'altro, il giudice, valutandoli, giudicherà. Altro esempio: il convenuto eccepisce la esistenza di un compromesso. Deve essergli facile dimostrarlo, perchè un compromesso deve risultare da atto scritto (v. sopra, n. 125), e lo scritto deve essere anche a sue mani o a sua disposizione (in originale o per copia). Viceversa la prova negativa (che un compromesso non esiste) sarebbe pressochè impossibile per l'attore. Conseguenza: se il convenuto non precisi e non dimostri, il giudice può considerare come decisivo il significato di questo suo contegno evasivo e rigettare la eccezione. In ciò lo soccorrerà, del resto, qualche prudente analogia con le regole sull'onere della prova in ordine al merito: il compromesso genera infatti una eccezione in un certo senso estintiva della competenza giudiziaria. Ma l'onere della prova delle eccezioni estintive, in genere spetta a chi le deduce (art. 1312 cod. civ. e v. più oltre, nn. 236 e segg.). Altro esempio, in senso diverso dai precedenti, per la diversità del caso: l'attore propone od esercita una azione di rivendica immobiliare e sorge il dubbio sulla competenza per valore (o perchè il convenuto propone l'eccezione di incompetenza o perchè il dubbio sorge nel giudice, che deve preoccuparsene di ufficio). Qui l'attore deve essersi basato sopra un calcolo fatto su risultanze ufficiali di pubblica ragione (ruolo delle imposte: v. sopra, n. 184), agevolmente e sicuramente dimostrabili. Deve esser lui, secondo il criterio generale di massima, a fornire al giudice gli elementi del calcolo. Non c'è ragione di pretendere, che li dia il convenuto o di argomentare dal silenzio del convenuto in proposito.

Tutto questo vale, insistiamo, per i dati di fatto. Quanto al diritto, le parti non possono avere nessun onere di dimostrazione. E anche qui la distinzione tra fatto e diritto si farà secondo i criterii, che abbiamo forniti a suo tempo.

Riprendendo, per spiegarci, l'ultimo esempio già fatto: che il pretore sia incompetente per le rivendiche di immobili il cui valore superi le cinquemila lire, secondo il calcolo legale dell'art. 79 cod. proc. civ. e relative leggi complementari, è punto di diritto. Ed è punto di diritto anche determinare che cosa vuol dire: tributo diretto verso lo Stato. Ma a quanto ammonti in lire e centesimi il tributo diretto verso lo Stato di quel determinato fondo di cui si contende, è punto di fatto (e il giudice ufficialmente lo ignora). È punto di fatto anche sapere, se l'ammontare numerico del tributo moltiplicato per il coefficiente di trecento, dà un prodotto superiore od inferiore a cinquemila. Ma questo problema il giudice deve saperlo risolvere con gli elementi di cultura generale che deve possedere, perchè, in fra l'altro deve saper fare di conto.

230 I PROVVEDIMENTI del giudice sulle eccezioni pregiudiziali di rito, possono assumere la forma di semplice ordinanza in caso di rigetto, soltanto quando la parte che aveva sollevata la eccezione finisca successivamente col riconoscerla infondata e semprechè, trattandosi di eccezioni sollevabili anche d'ufficio, il giudice non abbia dubbii in proposito. Nel qual ultimo caso però, la ordinanza non preclude la possibilità, che più tardi la eccezione venga rilevata ed accolta per sentenza, perchè una semplice ordinanza non può precludere questioni, che la legge considera di interesse pubblico. Con ordinanza può provvedere il giudice, anche quando la parte, contro la quale era stata sollevata l'eccezione, la riconosca fondata e « non insista » per la decisione del merito. Nel qual caso però l'ordinanza, secondo noi, estingue il processo, piuttosto che chiuderlo.

In ogni altro caso il giudice deve decidere per sentenza, naturalmente impugnabile. E qui nascono, al solito, i guai.

Se, per esempio, il giudice di primo grado si è dichiarato incompetente, si può appellare, e se la sentenza sia confermata in appello, si può ricorrere per cassazione. E questo senza distinguere, se la eccezione fosse proponibile in qualunque tempo o proponibile solo nei primi atti (sem-

prechè in questo caso sia stata proposta tempestivamente). Se la corte di cassazione cassa, deve rimettere le parti in primo grado, e in conclusione si sono fatti tre stadii di giudizio ... prima di cominciare. Se il giudice di primo grado viceversa si è ritenuto competente (e non vi sono altre eccezioni pregiudiziali di mezzo), dovrà scendere ad esaminare il merito e ne avremo una sentenza definitiva di merito o una interlocutoria, relativa al merito. Appello. Supponiamo che la corte d'appello confermi. Ricorso per cassazione. Intanto, se la sentenza era interlocutoria, ad esempio ammissiva di prove, potrà aver avuta la sua esecuzione. Magari sarà stata ripresa e decisa la causa per il merito. La corte di cassazione ritiene la incompetenza e cassa. Cade ogni cosa; tutto quello che si è fatto non serve più a niente e bisogna ricominciare da capo.

Tutti però siamo d'accordo almeno su questo: che se una sentenza che rigetta una eccezione pregiudiziale, di rito, sia divenuta comunque irrevocabile su questo punto (passata formalmente in giudicato), la questione non si può più risollevare nel corso dello stesso processo, neanche se sia rilevabile d'ufficio.

Dissenso c'è o c'è stato, invece, per il caso in cui il giudice abbia pronunciata una sentenza interlocutoria o parziale relativa al merito, mostrando implicitamente di ritenere (ma senza pronunciarsi espressamente in proposito), che non ostino eccezioni pregiudiziali rilevabili d'ufficio. Se questa sentenza diventa irrevocabile, le eccezioni pregiudiziali di rito rilevabili d'ufficio, restano precluse oppure possono ancora essere rilevate successivamente? Allo stato attuale della legge, riteniamo, che non siano precluse. Altri ne ha dubitato o ne dubita.

Per quanto riguarda in modo specifico le statuizioni sulla competenza e il regolamento di competenza, ci rimettiamo a quanto già detto (v. sopra, nn. 179, 188, in fine ecc.).

§ 23. — *Temi (continuazione): proponibilità e fondamento di merito delle azioni e delle eccezioni.*

In merito, la posizione dei problemi che il giudice è chia-
231 mato a risolvere, è rappresentata dalla posizione o proposizione della « materia del contendere », della quale abbiamo già abbastanza discorso più sopra (n. 226 e segg.).

Però, come abbiamo già avvertito, le parti od il giudice (o quanto meno il giudice) dovranno molte volte scomporre il problema, riducendolo a proposizioni distinte, a seconda dei criterii, che abbiamo già dato, del resto, fin dalla parte generale e dal primo capitolo di questa parte sui soggetti e sull'oggetto del processo. Si capisce, che anche qui bisogna distinguere domande ed eccezioni (sempre di merito, si intende).

Rispetto a ciascuna domanda od eccezione si dovrebbe distinguere poi (v. il n. 67) fra:

proponibilità della domanda o della eccezione;

e fondamento di merito (in senso più stretto) di quella o di questa.

Qualche volta le due proposizioni del problema, come abbiamo avvertito altra volta, praticamente si fondono e si confondono (sopra n. 154), e il giudice in tal caso non ha bisogno di deciderne distintamente, anzi può dirsi che la decisione sulla proponibilità resti conglobata per implicito nella decisione del fondamento in senso stretto.

Ma può anche essere invece, che la distinzione delle due proposizioni logicamente o giuridicamente si imponga (cfr. sempre gli esempi di cui al n. 154 citato), e allora la decisione sulla proponibilità deve avere la precedenza sulla decisione del fondamento in senso stretto. La pratica parla in questo caso di questioni « pregiudiziali di merito » sulla proponibilità dell'azione (o dell'eccezione), e ci sembra che non ci sia niente da obbiettare. Però la stessa pratica sa tenere ben distinte queste « pregiudiziali di merito » da quelle altre questioni « pregiudiziali di procedura » o « di rito » o di « procedi-

bilità », di cui abbiamo parlato prima (§ precedente). E bisognerà, che anche noi non siamo da meno dei buoni pratici.

Per rendersi conto della importanza della distinzione, basta ricordare, che le eccezioni pregiudiziali di procedura o di rito tendono ad ottenere che il giudice declini di conoscere del merito, e quindi la sentenza che le accolga, non può avere e non ha alcuna autorità di cosa giudicata rispetto al merito stesso (sopra n. 179, 199 ecc). Invece la questione di proponibilità (sostanziale) delle domande o delle eccezioni, investe il merito e quindi, se il giudice accolga in proposito le relative eccezioni, la sentenza conterrà un rigetto di merito della domanda o dell'eccezione, munitissima dell'autorità di cosa giudicata.

Conviene avvertire finalmente, che, nella pratica, qualche volta si fa questione di « interesse » ad agire o contraddire, come se questo fosse un altro estremo o un altro requisito distinto ed ulteriore, richiesto in più (oltre a quello della proponibilità), per far valere in giudizio una azione od una eccezione di merito (già in se stessa proponibile).

Questo teoricamente è un equivoco, sebbene sembri trovare un appoggio nella non felice dizione dell'art. 36 cod. proc. civ.. L'equivoco è praticamente innocuo, in fondo, ma anche su di esso è bene intendersi.

L'INTERESSE sta a base delle funzioni processuali delle
232 parti (n. 223, in fine) ed è un estremo per l'ammissibilità o la procedibilità di singole richieste o istanze di carattere e di scopo processuale o stromentale (ordinatorio ; istruttorio ecc.). Come tale lo abbiamo già menzionato più volte, e lo vedremo ricomparire più avanti a proposito di prove, di forme, di nullità ecc.. Ed esso può esser oggetto in tal caso di verificazione da parte del giudice.

Ma rispetto alle azioni ed eccezioni di merito, in senso sostanziale, l'interesse è addirittura un elemento della loro stessa struttura od una condizione della loro esistenza, cosicchè si può dire che nessuna azione od eccezione nasce, senza che ci sia un interesse da tutelare o far valere. Però, appunto per questo, non lo si può considerare come un altro requisito od estremo in più, diverso e distinto dagli elementi costitutivi dell'azione o della eccezione e che sia ulteriormente richiesto per la loro proponibilità o per il loro legittimo esercizio. Altrimenti diventa, come chi dicesse, la quinta ruota del carro.

L'azione nasce di solito, come sappiamo, da un diritto soggettivo tipico od atipico, violato o trasgredito o che si trovi in istato di insoddisfazione (cfr. parte generale, n. 70). Ora il diritto soggettivo consta essenzialmente di un interesse al quale la legge accorda una determinata protezione (parte generale, nn. 8, 9 e segg.). Si capisce che se non c'è l'interesse non sussiste il diritto, e non può nascere l'azione. E similmente, se il diritto non sia stato violato o non si trovi in qualche modo insoddisfatto, non c'è ragione di chiedere protezione o riparazione, e non nasce l'azione. Ma allora per ottenere un provvedimento del giudice non occorrono, come due condizioni distinte, che sia nata l'azione e « in più » che ci sia anche un interesse ad esercitarla. Quando l'azione è nata, vuol dire, per definizione, che l'interesse c'è. E inversamente se l'interesse non c'è, vuol dire che non c'è neanche l'azione. Il che è altrettanto chiaro od ancora più chiaro, quando l'azione è concessa a tutela di un interesse indirettamente od occasionalmente protetto (parte generale, nn. 14 e 15) : se non c'è l'interesse non ci può essere l'azione, e se c'è l'azione vuol dire che l'interesse c'è.

Ciò significa, che, quando in pratica si dice che difetta l'interesse ad agire od eccepire, si vuol dire che l'azone o l'eccezione oggettivamente non sono sorte, non sono nate, non sussistono, onde oggettivamente non sono proponibili, oppure si vuol dire che spetta ad altri proporle, cosicchè non sono soggettivamente proponibili da chi le propone, oppure si vuol dire che in concreto non hanno fondamento. Cosicchè, concludendo, anche una sentenza che, adottando quelle espressioni in uso nella pratica (e che si riflettono nell'art. 36), rigetti una domanda od una eccezione sostanziale, per difetto di interesse, è in realtà una sentenza che decide, con una metatesi, della proponibilità intrinseca o del fondamento dell'azione o dell'eccezione, nel merito.

LE QUESTIONI DI PROPONIBILITÀ (oggettiva o soggettiva)
233 dell'azione o dell'eccczione (e quelle volgarmente chiamate di interesse ad agire o contraddire) possono essere talvolta questioni di puro diritto. Riprendendo qualche esempio già fatto: se si discuta a questo effetto se la legge accordi o non accordi azione civile per far applicare una pena (esempio al n. 67) oppure si discuta, se essa accordi o non accordi l'azione confessoria di servitù all'usufruttuario, all'enfiteuta, al possessore precario (esempio al n. 154), mentre è fuor di questione che colui che agisce è precisamente un usufruttuario, un enfiteuta, un possessore precario, la questione è di puro diritto. Il giudice dovrà risolverla coi suoi mezzi intellettuali (perchè il giudice « sa il diritto »).

Altre volte le questioni di legittimazione possono involgere anche dei punti di fatto: così avverrà, quando per esempio si discuta non già del punto di massima, se l'azione confessoria sia data all'usufruttuario (punto che a nostro avviso deve risolversi in diritto affermativamente), quanto del punto se l'attore in concreto sia o non sia usufruttuario. Così avverrà se l'attore agisca come erede di un certo defunto e si discuta in concreto se erede è o non lo è (altro esempio, di cui al n. 154).

DEL FONDAMENTO intrinseco dell'azione e delle eccezioni
234 in concreto, dovrà arrivare finalmente a conoscere il giudice, come dell'ultimo punto di cui deve occuparsi (ultimo, s'intende in ordine logico, ma non ultimo certamente, anzi dominante su tutti, in ordine d'importanza). Ci arriverà cioè quando abbia superate non solo le eventuali questioni pregiudiziali di rito, ma (se sia dato di considerarle separatamente) anche le questioni pregiudiziali di proponibilità sostanziale.

La decisione finale, quando arrivi ad investire questo punto (come praticamente avverrà per fortuna nel maggior numero dei casi), prenderà necessariamente questa forma e questo significato:

che il giudice accoglie, in tutto o in parte, la domanda o le domande proposte (perchè in tutto o in parte le ritiene fondate), e quindi emana in tutto od in parte i provvedimenti chiesti, oppure in tutto od in parte la rigetta o le rigetta (perchè in tutto o in parte le ritiene infondate), assolvendo definitivamente in tutto o in parte il convenuto o i convenuti.

E questa sarà, in ogni caso, una decisione suscettibile di assumere autorità di cosa giudicata piena, esaurendo sotto ogni aspetto il merito, con « assorbimento » anche delle ragioni ed eccezioni non dedotte (parte generale, n. 77 e segg. e 79).

LE FUNZIONI delle parti in ordine alla formazione della
235 convinzione del giudice sulla proponibilità sostanziale della azione e delle eccezioni e sul fondamento di merito in senso stretto, in parte risultano da cose già dette in passato, in parte meritano uno studio ulteriore e particolarmente accurato per la loro importanza

Valgono per intanto in ordine alla funzione, all'« interesse » ed all'« onere » di « allegazione » o di « deduzione » delle parti rispetto al merito, le cose già dette quando parlavamo della proposizione della materia del contendere (nn. 226 e 227). C'è da aggiungere soltanto che, in dipendenza delle funzioni e degli oneri delle parti in tema di prova, può sorgere la necessità di maggiori precisazioni specifiche, come risulterà da quello che verremo dicendo a quel proposito.

Similmente valgono per il fondamento intrinseco, come per la proponibilità, i criterii già accennati in linea generale (e che sono sempre gli stessi) in ordine alla distinzione fra elementi di fatto e di diritto.

Nulla di nuovo da aggiungere sotto questo profilo, se non forse chiarire, che, quando la improponibilità risulti da considerazioni di diritto, il giudice deve rilevarla anche senza che vi siano in proposito delle « conclusioni » specifiche delle parti. Essa funziona, cioè, come un motivo di rigetto, che il giudice può rilevare dagli atti, senza bisogno di una apposita istanza; e può rilevarla in qualunque stato e grado della causa. Altrimenti verrebbe a dare dei provvedimenti, che la legge non consente di dare o per i quali mancano le

condizioni prescritte. E analogamente, del resto, deve negare fondamento alla azione e alle eccezioni di merito, quando ciò derivi, a sua volta, da considerazioni di diritto, anzichè dalla sussistenza o insussistenza dei fatti allegati.

L'argomento sul quale ci dovremmo invece trattenere ancora di proposito e a fondo (per quanto ce lo consentano i limiti della nostra trattazione), è quello che riguarda: la funzione, l'interesse e l'onere delle parti di dare la dimostrazione (prova) dei fatti allegati agli effetti del merito; le conseguenze, che derivano, sempre agli effetti del merito, per l'una o per l'altra parte, dal difetto o dalla deficienza alla prova e finalmente i modi di fornire o di costruire la prova (anche col concorso, occorrendo, dei poteri stromentali del giudice). Per il che, la legge fornisce una serie di disposizioni e di prescrizioni di vitalissima importanza per le sorti del giudizio.

Dal punto di vista pratico anzi, è questo forse l'argomento di maggiore rilevanza, in tutto il vasto tema delle funzioni delle parti e del giudice.

§ 24. — *L'onere della prova rispetto al merito e le funzioni delle parti in ordine alla prova.*

236 L'ONERE DELLA PROVA rispetto al merito (proponibilità e fondamento sia delle domande che delle eccezioni) si pone così:

atteso che il giudice «ignora il fatto» (v. il n. 224) è senz'altro di evidente «interesse» della parte, che propone una domanda od una eccezione, fornire al giudice la dimostrazione dei dati o degli elementi di fatto, su cui si fonda. Ma questo interesse viene ad assumere il carattere di vero e proprio «onere» (processuale), in quanto la legge (salvo qualche temperamento che vedremo) pone la regola, che il giudice non può procedere d'ufficio alla ricerca delle prove. E d'altra parte, se le prove facciano difetto, non può neppure chiudere il processo, dichiarando che non decide il merito per questo motivo (e cioè che per inerzia o deficienza di difesa delle parti non ha modo di formarsi una convinzione sui fatti allegati). Decidere deve; e decidere servendosi di quei materiali che il processo gli offre. Ma a favor di chi? Qui intervengono degli altri criterii legali, secondo i quali egli deve accogliere o rigettare la domanda o rispettivamente le eccezioni, a seconda che gli siano state o non gli siano state fornite, rispetto all'una o rispetto alle altre, le prove di certi fatti, sui quali si fondano. E allora si può dire, che ciascuna delle parti si trova, rispetto alle proprie domande o rispetto alle proprie eccezioni, nella alternativa: o fornire al giudice quelle prove dei fatti oppure rassegnarsi a vederla respinta: o provare o soccombere. Ecco che la funzione assume il carattere di onere! Provare, se non si vuol soccombere.

Bastano queste poche parole, senza tanti commenti, a far intendere quali siano, su questo tema, la posizione rispettiva delle parti e del giudice. E resta soltanto a vedere quali sono le regole legali sull'onere della prova.

La regola fondamentale si desume da un testo di legge, che si trova nel codice civile (art. 1312), testo che, secondo la sua formula letterale, appare poco più che esemplificativo e, per dir vero, formulato in modo anche tecnicamente inesatto; ma che, per ragioni logiche e storiche, non c'è dubbio vada considerato come espressione di un principio. Il principio risponde, del resto, ad esigenze logiche e pratiche così imperiose, che non si potrebbe arrivare, anche razionalmente, a diversi risultati (date naturalmente le premesse dalle quali si parte, sulla posizione del giudice).

Prescrive l'art. 1312 che: «chi domanda l'esecuzione «di un'obbligazione deve provarla, e chi pretende esserne «stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o «il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione».

Tecnicamente inesatta è certamente l'espressione «provare una obbligazione». L'obbligazione è un rapporto giuridico, che risulta naturalmente e necessariamente da elementi di fatto e di diritto. Ora materia di prova sono soltanto gli elementi di fatto. Per il resto (elementi di diritto) deve provvedere, come abbiamo infinite volte già ripetuto, il giudice coi suoi mezzi intellettuali. E per le stesse ragioni è inesatta l'espressione «provare il pagamento». Inesatta per altro verso è anche la espressione «deve provare». Qui non c'è un obbligo giuridico (dovere) in senso proprio, verso nessuno.

C'è soltanto quell'onere, al quale abbiamo accennato, e per cui chi, nel proprio interesse, vuol vedere accolte la domanda o l'eccezione, bisogna che provi, altrimenti soccombe.

E allora, rettificando e poi generalizzando, potremo intendere la regola all'incirca così:

l'attore, che vuol far valere una azione in giudizio, proponendone la domanda, ha l'onere di provare i fatti dai quali afferma essere sorta la sua azione (altrimenti soccombe, anche se il convenuto per parte sua non provi niente). Il convenuto dal suo canto (se non vuol soccombere a seguito della prova data o che sia per dare l'attore) deve provare i fatti, in conseguenza dei quali egli afferma (in via di eccezione), che l'azione vantata dall'attore si è estinta (altrimenti soccombe).

Quello che qui si dice per l'eccezione, vale per le eventuali repliche dell'attore, con le quali tenda a sua volta a dimostrare, che, in virtù di altri fatti o dati di fatto, l'effetto estintivo della eccezione del convenuto è stato a sua volta eliminato od estinto.

Questa è la regola; e, come dicevamo più sopra, essa appare per la sua sostanza razionalmente concepita. Sarebbe troppo comodo per ciascuna delle parti, che bastasse affermare i fatti sui quali pretende fondare l'azione o l'eccezione, perchè il giudice potesse o dovesse credergli. Onde si capisce che, nel senso e per gli effetti or ora accennati (e non in altro senso), chi afferma bisogna che provi (se vuol che il giudice accolga la sua affermazione e la ponga a base della decisione).

Si capisce d'altra parte come debba bastare per l'attore provare i fatti da cui l'azione è sorta, e come per parte sua non abbia bisogno di dimostrare, che è ancora in vita (cioè non si è estinta). Altrimenti l'attore riuscirebbe gravato di un compito praticamente impossibile ad assolversi. Onde qui comincia l'onere per il convenuto di affermare e provare i fatti, su cui fonda la sua eccezione.

Riprendiamo e concretiamo l'esempio dell'art. 1312. L'attore chiede la condanna del convenuto al pagamento di una certa somma, che afferma essergli dovuta, ad esempio, per contratto. Basterà che provi i dati di fatto da cui risulta la

conclusione del contratto fra di lui e la controparte. Se l'attore non si è sbagliato in diritto, la prova di questi estremi di fatto, in concorso con le norme giuridiche applicabili, basterà a far ritenere, che l'obbligazione altrui è sorta o (ciò che torna lo stesso) è sorto il credito a suo favore. Dimostrare che è sorto il credito, equivarrà, di solito, a dimostrare, che è sorta l'azione. Fin qui l'onere della prova è a carico suo: se non prova, soccombe. Ma non altrettanto si può ragionevolmente pretendere da lui la prova (negativa), che non sia mai sopravvenuto alcun fatto, che possa qualificarsi pagamento, novazione, remissione, compensazione ecc.. Se dovesse provarlo lui, il più delle volte, non saprebbe come fare. D'altro canto se fatti di questo genere sono sopravvenuti, deve essere infinitamente più agevole al convenuto identificarli e darne la dimostrazione. Se il convenuto non è in grado di identificarli affermandoli, e di darne la dimostrazione, è attendibile ritenere, che fatti del genere non si siano verificati. Onde par logico e praticamente giustificato che la legge ponga quest'onere a carico suo.

Se vogliamo prendere un esempio che stia fuori dell'art. 1312, per renderci conto della sua generalizzazione ad altri casi, prendiamo quello di una revindica. L'attore, asserendosi proprietario, chiede che il convenuto sia condannato a consegnargli la cosa, che afferma esser sua. Dovrà provare intanto i fatti o la catena dei fatti dai quali risulta la sua proprietà, perchè altrimenti, anche secondo i criterii del diritto sostanziale, nessun possessore può esser tenuto a dismettere il possesso a di lui favore. Ma questa dimostrazione non basta per far ritenere, che l'azione sia veramente sorta contro il convenuto. Bisognerà che l'attore provi, come dato di fatto, che è proprio il convenuto, che possiede la cosa. Con questo proverà, nello stesso tempo, la violazione del suo diritto di proprietà, da cui l'azione è sorta, e la legittimazione passiva del convenuto (in quanto a quella attiva, risulta dalla prova della proprietà). Questo si può e si deve ragionevolmente pretendere dall'attore, ma non di più. Il convenuto a sua volta potrà eccepire, per esempio, di avere acquistato per usucapione. Dovrà provarne gli estremi di fatto. Se si tratta

di cosa mobile, potrà eccepire di essere terzo acquirente di buona fede. Dovrà provare gli estremi di fatto dell'acquisto e della buona fede. Potrà eccepire, che lo stesso attore gli ha conferito il possesso e si è obbligato a rispettarlo, con una locazione, con una anticresi ecc.. Dovrà provare gli estremi di fatto di questa convenzione. E così di seguito. Come potrebbe pretendersi dall'attore, che cominci lui col dare la prova (negativa), che nessuna di queste circostanze sussiste ?

Questi, che abbiamo fin qui accennati, sono, per così dire, i cardini del sistema dell'onere della prova. Senza dubbio però possono presentarsi all'atto pratico delle difficoltà, che non si risolvono col solo sussidio della regola dell'art. 1312, sia pure generalizzata. Occorrerebbe quindi integrarla con una serie di altre regole complementari o sussidiarie, che la dottrina e la pratica sono venute lentamente elaborando. Ma bisognerà che ci limitiamo ad accennarne qualcuna, più importante e più significativa. Molte volte rispetto ai fatti e soprattutto agli atti giuridici, da cui sorgono diritti, azioni od eccezioni, la legge distingue elementi essenziali, senza dei quali l'atto od il fatto non sono presi in considerazione dal diritto (casi di inesistenza o di nullità assoluta in senso proprio) da requisiti di validità. L'atto di solito si considera esistente ed efficace senza bisogno di indagare, se ricorrano anche questi estremi di validità. Ma se questi facciano difetto (ciò che è vizio dell'atto), l'atto stesso può essere, prima o poi, infirmato, invalidato, messo in tutto o in parte fuor di vigore. Basta ricordare, in proposito, il regime della annullabilità e rescindibilità dei contratti, della annullabilità e rivocabilità dei testamenti ecc. : queste regole del diritto sostanziale le abbiamo già richiamate, del resto, anche parlando di capacità e di legittima rappresentanza e dobbiamo qui supporle già note. Ma agli effetti dell'onere della prova, ne sorge adesso questo problema : chi allega esser nata l'azione o l'eccezione da certi fatti o meglio da certi atti, dovrà provare anche gli estremi della loro validità ? oppure l'opporre la invalidità sarà materia di eccezione o di replica, cosicchè spetti a colui che vuol invocare la invalidità, dare la prova del difetto o del vizio ? Universalmente

si ritiene esser questa seconda la soluzione da accogliersi, perchè in questo senso vi sono, fuori dell'art. 1312, delle disposizioni di legge assai significative (es. art. 1302 cod. civ.) e perchè ricorrono, d'altro canto, gli stessi motivi razionali già accennati più sopra, per non imporre alle parti l'onere di prove negative, praticamente impossibili. Così, per esempio, chi invoca un contratto od in genere un negozio giuridico, come farebbe a provare che non ci fu dolo, che non ci fu errore, che non ci fu violenza, che non ci fu abuso di uno stato di necessità ecc. ecc. ?

Per considerazioni analoghe si ritiene, che, quando la legge attribuisca a certi atti una configurazione e degli effetti giuridici normali (« naturali »), ma ammetta tuttavia, che le parti possano inserirvi delle determinazioni o specificazione diverse (« accidentali »), spetta normalmente alla parte che vuol dedurre delle conseguenze a proprio favore da queste accidentalità, farne oggetto di eccezione, con l'onere della prova a proprio carico. Altrimenti si presume, attendibilmente, che la figura sia normale e normali (« naturali ») gli effetti. Così, per esempio, se l'attore invoca a fondamento della sua domanda un contratto od un negozio giuridico, da cui afferma esser sorta la sua azione, non avrà l'onere della prova (negativa), che il contratto non era soggetto a condizioni o a termini, se questi non ineriscano alla sua stessa struttura. Sarà il convenuto, che potrà eccepire non esser vero (fondato), che l'azione sia sorta, perchè c'era una condizione sospensiva e questa non si è verificata o c'era una condizione risolutiva e questa viceversa si è verificata, c'era un termine e questo non è scaduto, c'era un patto di non agire in giudizio oppure di agire soltanto in un certo modo e non in un altro e così di seguito. E l'onere della prova (di fatto) di queste clausole, di questi patti, di queste circostanze sarà a suo carico.

E qui bisognerà che ci fermiamo, quanto alle regole.

Dovremo avvertire piuttosto, che l'applicazione pratica di queste regole può subire, nel corso del processo, delle attenuazioni e delle modificazioni, per effetto del contegno (processuale) delle parti. Questo non lo dice il codice, ma risulta dalla struttura stessa del processo e dalle sue esigenze tecniche.

237 La « ammissione » è forse il fenomeno processuale più importante e più frequente, che può incidere in pratica sull'applicazione delle regole sull'onere della prova.

Può avvenire, cioè, che una parte esplicitamente od implicitamente ammetta (o non contesti) i fatti, che quell'altra allega a fondamento della propria domanda o della propria eccezione (e che avrebbe quindi l'onere di provare)

La ammissione espressa fatta dalla parte in persona o di chi legalmente la rappresenta (e vi sia debitamente autorizzato), dà luogo al fenomeno della confessione, con cui non si è più soltanto sul terreno dell'onere della prova, ma si entra nel terreno dei mezzi di prova. Di questa diremo fra un momento.

Ma può essere che l'ammissione sia fatta dal procuratore, il quale non può compiere atti dispositivi, nè fare confessioni in pregiudizio delle parti (sopra, n. 208); può essere che sia meramente implicita e magari soltanto ipotetica. Per esempio: l'attore chiede la condanna del convenuto a pagargli una certa somma; questo (o per lui il suo procuratore) eccepisce puramente e semplicemente: « ho pagato ». Evidentemente non contesta più, che il debito esistesse. Può anche essere, che l'ammissione sia fatta « per ipotesi », allo scopo di semplificare il processo. Il convenuto, per esempio, può dire: anche ammettendo che il tal contratto invocato dall'attore si sia perfezionato, egli non potrebbe mai pretenderne l'esecuzione, perchè in ipotesi egli stesso sarebbe inadempiente. In realtà non ammette come verità di fatto la conclusione del negozio, ma esclude egualmente, che vi sia motivo di discuterne.

In tutti questi casi la pratica dice, che i fatti o sono « pacifici » fra le parti o si possono considerare per il momento come « pacifici », senza però che ci sia di mezzo una confessione. Resterà fermo l'onere della prova? L'opinione unanime (« pacifica » anche questa) risponde di no. E questo ci sembra esatto, ma non (come altri dice) perchè la ammissione costituisca una presunzione di verità, liberamente valutabile in questo senso dal giudice, ma perchè le regole sull'onere della prova non sono di ordine e di interesse pubblico. Le parti possono rinunciare (processualmente) a giovarsene, il che vuol dire che una parte può discaricare o rilevare in tutto od in parte l'altra dall'onere di prova che le incombe, concentrando il dibattito di fatto unicamente su certi altri punti e magari su certi punti in ordine ai quali essa stessa ha l'onere di provare (come avviene quando si limita ad eccepire: ho pagato). In questo caso non c'è più nessun interesse delle parti, ma neanche un interesse pubblico, a perdere tempo, spese ed attività private ed ufficiali, per indagare intorno a fatti, dai quali non dipende più la decisione, perchè l'interessato stesso, per primo, la fa dipendere unicamente da altri punti.

E siccome l'assumere questo contegno appartiene o può appartenere alla (buona o cattiva) tattica o strategia di difesa, si può ritenere che rientri nelle facoltà del procuratore (sopra, n. 208 cit). Però la parte potrà sconfessare in seguito l'ammissione, invocare, anche dopo, quelle regole sull'onere della prova che non ha invocate prima, smentire magari se stessa, o negare più tardi in tesi, ciò che in un primo momento aveva ammesso per ipotesi. Questo non le può esser vietato, dal momento che non c'era e non c'è di mezzo una vera e propria confessione nei sensi del codice civile. Però diventa vero a questo momento, che il fatto della precedente ammissione, sconfessata, smentita, revocata o negata di poi, potrà essere liberamente valutato dal giudice, come un elemento di presunzione, sebbene di per sè non decisivo e sufficiente a stabilire la verità.

Si discute poi, se uno spostamento od un inversione dell'onere, con conseguenze irreparabili, possa verificarsi, quando una parte spontaneamente offra o chieda di dare la prova negativa o contraria rispetto a fatti che, secondo le regole ordinarie, incomberebbe al suo avversario di provare (positivamente). E si discute anche, se sia possibile una inversione convenzionale dell'onere della prova per accordo fra le parti. All'atto pratico i giudici, di fronte a fenomeni di questo genere, se ne escono di solito con apprezzamenti contingenti, variabili secondo le circostanze, circa l'origine, e le ragioni di questo comportamento delle parti, circa il valore delle risultanze di una prova eseguita in queste condizioni, circa le conse-

guenze che ne possono derivare nell'accertamento della verità. La ricerca di soluzioni teoriche generali, pensiamo che riuscirebbe pertanto praticamente sterile o fallace.

E veniamo finalmente a discorrere del modo o dei modi di fornire al giudice la prova, e cioè di adempiere a questa funzione e di assolvere il relativo onere.

§ 25. — *Prova e mezzi di prova in generale.*

PROVARE, agli effetti di un processo, praticamente si-
238 gnifica: indurre il giudice nella convinzione di dover considerare come veri (o non veri) certi fatti, agli effetti della sua decisione. Al che si può pervenire, mettendolo in grado, mediante delle opportune attività processuali, di rilevare empiricamente coi suoi sensi (ma sempre nella sua qualità ufficiale) delle situazioni o conformazioni di cose (comprendendo fra queste, come vedremo, anche i documenti, per il significato che assumono i segni grafici che essi recano) oppure delle dichiarazioni, dei comportamenti, degli atti o dei fatti altrui, tutte le volte che, attraverso ad una opportuna elaborazione intellettuale o logica, tali rilevazioni possano assumere efficacia o virtù persuasiva. Di regola (ma le eccezioni sono poi tante da intaccare profondamente la regola) la formazione della convinzione del giudice, in base a quelle rilevazioni empiriche, è o dovrebbe essere considerata come un fenomeno di ordine intellettuale e di coscienza, al quale devono concorrere insieme l'intuito (cosiddetto « apprezzamento ») e il ragionamento logico del giudice, sussidiato (come stromento indispensabile) dagli elementi di cultura e di conoscenza della vita, che anche il giudice deve avere. È un fenomeno, in altri termini, che di regola non è, o non dovrebbe essere, governato da regole legali, ma da attitudini psicologiche e da metodi intellettuali pregiuridici od extragiuridici, come può avvenire per qualunque persona normale, di fronte ad un quesito o ad un dubbio di ordine storico (« secondo scienza e coscienza » dice la pratica).

C'è soltanto questa differenza tra il giudice, nella sua veste ufficiale, ed una qualunque persona privata, che si

voglia fare una propria serena ed imparziale opinione di un fatto, a lui estraneo: che il giudice deve render conto (nei « motivi » delle sue deliberazioni), del come si sia formata la propria opinione, dimostrando di aver tenuto conto di tutti i materiali utili a sua disposizione e di aver usato dei proprii sensi, del proprio intuito, della propria esperienza, come persona normale (e non con un soggettivismo capriccioso o almeno incontrollabile) e di aver ragionato logicamente, dove ragionare occorresse.

Ci sono dei casi però (e sono eccezioni, pullulanti di fronte alla regola) in cui il giudice non è libero di formarsi una convinzione secondo la sua mente o la sua coscienza, bensì è vincolato dalla legge a certe consequenzialità nei suoi ragionamenti e cioè nel passaggio da semplici constatazioni empiriche (coi sensi) alla elaborazione delle proposizioni di fatto da porsi a base della sentenza, oppure è vincolato nella scelta e nel raggruppamento delle constatazioni empiriche, dalle quali ragionare. Anche in questo caso possiamo parlare della formazione di una convinzione del giudice intorno al modo di decidere, ma piuttosto attraverso dei doveri giuridici processuali, che la legge gli pone, anzichè secondo i criteri logici e psicologici (in se stessi extragiuridici), ai quali abbiamo accennato prima. Si parla in questi casi, anche nella pratica, di « prova legale » o di « regole di prove legale »; e ne vedremo tra breve gli esempi più significativi.

In ordine al modo di formazione della prova o meglio della convinzione del giudice, ci sarebbero molte altre considerazioni, distinzioni e classificazioni da fare, piene di interesse nell'ordine teorico, ma per parte nostra dovremo limitarci a quelle, che hanno una particolare rilevanza ai nostri modesti fini pratici.

« DIRETTA » (come contrario di « indiretta ») si dice la
239 prova, quando dalle constatazioni empiriche il giudice può giungere, in modo immediato, a quelle proposizioni di fatto che devon servire di base alla sua decisione. Si dice invece « indiretta », quando il giudice può giungere in primo tempo solo a stabilire una proposizione di fatto, che non è, in sè e per

sè, quella che gli serve per gli effetti della decisione. Anzi in primo tempo arriva soltanto a stabilire una proposizione diversa; dalla quale però o per prescrizione di legge o per un ulteriore ragionamento logico, può giungere in un secondo tempo a desumerne quella che in definitiva gli serve. Anche la prova diretta implica sempre o quasi sempre una elaborazione logica; ma il contrapposto di cui parliamo, si basa sul concetto di « fatto », identificabile logicamente o storicamente, come oggetto o materia di convinzione. Nel primo caso (prova diretta) il fatto che viene in considerazione è uno solo, nel secondo sono due, perchè da quello divenuto ormai noto (cioè provato), si risale a stabilirne un altro, in se stesso ignoto, e cioè non altrimenti provato.

La illazione dal noto all'ignoto può esser prescritta al giudice dalla legge (nel qual caso cominciano già ad entrare in scena criterii di prova legale) in modo assoluto (che non ammette prova contraria) o in modo semplicemente dispositivo (cioè salvo prova in contrario). In questo caso si parla di presunzioni legali (art. 1350 cod. civ.), assolute (art. 1353) oppure relative o legali semplici (arg. dall'art. 1352). Esempii di presunzioni legali: si presume concepito in costanza di matrimonio il figlio nato non prima di centoottanta giorni dalla sua celebrazione ecc. ecc. (articolo 160 cod. civ.). Il marito si presume padre del figlio concepito durante il matrimonio. Assoluta la prima; susceptibile di prova contraria, sebbene a sua volta con certe limitazioni legali, la seconda (cfr. artt. 162 e seg.).

Qualche volta la legge, da un dato di fatto prescrive di desumere addirittura una situazione giuridica (anzichè un altro fatto, omettendo i passaggi); esempii nel cod. civ., artt. 546, 547, sul « piovente » dei muri divisorii, art. 565 sui fossi di confine ecc.. La prova contraria consisterà in questi casi, nella prova di fatti, dai quali sia sorta invece una situazione giuridica diversa.

Fuori di questi casi (legali), la illazione dal noto all'ignoto può essere frutto di una operazione mentale del giudice, e allora si parla di « presunzioni del giudice » o « dell'uomo » (cioè dell'uomo-giudice, a ciò sollecitato, di solito, dalle parti).

A proposito di queste ultime, la legge sembra che voglia introdurre un criterio di limitazione legale, prescrivendo (art. 1354 cod. civ.), che: « le presunzioni che non sono « stabilite dalla legge, sono lasciate alla prudenza del giudice, « il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise « e concordanti, e solamente nei casi in cui la legge ammette « la prova testimoniale ».

Questa limitazione però ha un valore più didattico che rigorosamente precettivo, perchè il determinare se siano « gravi, precise ecc. », resta materia di apprezzamento. A parte questo, riteniamo che la disposizione si applichi in quei casi, in cui la illazione avvenga attraverso l'uso di regole di esperienza, e non possa dare che un certo grado di probabilità congetturale. Quando invece il giudice proceda da un fatto che si possa ritenere ragionevolmente come certo (per chiunque abbia mente sana e normale), attraverso ad un ragionamento puramente logico (e non di esperienza), che non lasci posto per eventuali incognite nei suoi passaggi, la prova, sebbene indiretta, sfugge al disposto dell'art. 1354.

Nei casi in cui si procede per ragionamenti congetturali di mera probabilità, attraverso regole di esperienza, i dati, dai quali si ragiona, prendono nome in pratica (e anche in qualche disposizione di legge) di « indizii » e la prova si qualifica, per l'appunto, indiziaria o congetturale.

La distinzione fra prova diretta e indiretta (immediata o mediata)non ha niente a che vedere con l'altra distinzione, in cui la qualifica « diretta » si contrappone invece, a « contraria ». Si può ritenere a questo proposito come regola generale della legge, che quando una parte, avendone l'onere, si accinge a fornire al giudice degli elementi di convinzione (prova) in ordine a certi fatti, l'altra può fornire a sua volta elementi, perchè il giudice si formi invece la propria convinzione in senso opposto (arg. dall'art. 209 cod. proc. civ. prima parte del capov.). Qui l'attività contraria non si connette alla proposizione di eccezioni o di repliche in senso proprio, bensì alla semplice negazione della verità dello stesso fatto; e il giudice giudicherà di quel

fatto in base al complesso degli elementi forniti da destra e da sinistra, formandosi una unica convinzione.

MEZZI DI PROVA o « mezzi istruttorii » si sogliono chia-
240 mare — raccogliendo sotto lo stesso nome fenomeni disparatissimi — sia certe cose, dal cui esame sensorio (empirico) od intellettuale il giudice può ricavare elementi di convinzione (es. documenti), sia certi fatti processuali, apprendendo i quali il giudice può parimenti ricavarne elementi di quel genere (es. deposizioni testimoniali), sia infine certe « procedure » o attività processuali, che servono per procedere all'esame di quelle tali cose (es. accesso giudiziale) oppure ad inserire e a documentare nel processo (« acquisire » al processo) quei fatti (es. inchieste o esami testimoniali) o a desumere dai fatti delle illazioni di ordine tecnico (es. perizia, quando sia ordinata a questo scopo).

Siamo d'accordo che, dal punto di vista puramente logico, la costruzione di una categoria unica di cose e fatti così disparati, è una mostruosità. Dal punto di vista meramente pratico però, essa ha questa ragione di essere: di raggruppare insieme tutti quei (varii) fenomeni processuali, che possono servire alla formazione della convinzione del giudice, in ordine ai quali la legge fornisce discipline di ordine giuridico (e anche quelli che, pur non essendo direttamente preveduti e disciplinati dalla legge, possono tuttavia riceverne norma per analogia).

Parleremo dunque anche noi — bene o male, ma bonariamente, come si usa in pratica — di « mezzi di prova » e ne faremo una breve rivista.

Converrà, a questo scopo, prender le mosse da una distinzione, empirica anch'essa, ma particolarmente importante dal punto di vista della procedura, fra mezzi di prova « precostituiti », suscettibili di « produzione » in giudizio, e mezzi di prova « semplici od orali » (o « incombenti » come, poco elegantemente, dice qualche volta la pratica), che devono essere « dedotti » ed « eseguiti » od « esperiti » nel corso del processo.

MEZZI DI PROVA PRECOSTITUITI, in generale, possono con-
241 siderarsi tutti quelli che consistono in « cose », foggiate o specificate prima o fuori del giudizio, in tal modo che dal loro esame il giudice possa trarre degli elementi di convinzione; e semprechè queste cose possano essere portate all'esame diretto del giudice nella sua stessa sede. Esempio tipico sono, come vedremo, i documenti.

Il loro valore probatorio deriva, come abbiamo accennato e come vedremo meglio fra un momento, dal significato intellettuale dei segni grafici che portano (anche in relazione, talvolta, ad altre circostanze, come il possesso del documento, il suo stato di conservazione ecc.). Ma come negare che il documento in se stesso sia una cosa, caratterizzata precisamente da quei segni che esso reca? E del resto anche altre cose, che non siano documenti, possono talvolta servire a scopi analoghi (v. oltre il n. 255).

Dal punto di vista processuale, queste cose formano una categoria a sè, perchè le parti possono introdurle od inserirle, per così dire, nel materiale di prova, destinato al giudice, con una attività che si chiama « produzione » (in causa, in giudizio ecc.), attività che esse possono compiere direttamente, senza un previo esame del giudice.

La « produzione » si fa, rendendo ufficialmente note innanzitutto alle altre parti le cose di cui si tratta, con la dichiarazione esplicita od implicita di volersene servire ai fini del processo (mediante deposito in cancelleria, affinchè le altre parti possano ivi esaminarle, o con la esibizione diretta, sotto la osservanza di certe forme, destinate a far risultare che questa è avvenuta; es.: artt. 5, 8 e 9 capov. legge sul rito sommario: 19 e 20 del regolamento ecc.). Successivamente si porranno le cose stesse a disposizione del giudice, attraverso la cancelleria, perchè a sua volta possa esaminarle, quando si tratterà di formare la sua convinzione (es. art. 21 del reg. sul rito sommario, 352 del cod. proc. civ.).

Il giudice ne terrà allora quel conto che debba tenerne; ma intanto le cose si possono ritenere « acquisite » al processo, senz'altra formalità. Tanto sono acquisite, che fin dal momento in cui sia avvenuta la comunicazione all'al-

tra parte, questa può servirsene a sua volta ai proprii fini, e chiedere al giudice, che vieti all'altra parte di sottrarle alla sua cognizione o che ordini di ripresentarle, se siano state ritirate. Ognuna delle parti può, nelle sue deduzioni, illustrarne e discuterne o contestarne il significato e il valore agli effetti della prova.

Soltanto in un momento successivo alla comunicazione, e in seguito alle relative deduzioni delle parti, può avvenire che, per stabilire l'efficacia, il significato o il valore delle cose prodotte a quei fini, sorga la necessità o l'opportunità di procedure probatorie, che dovremo ascrivere alle prove semplici od orali; per es. può divenire necessaria la verificazione di una scrittura privata (v. più oltre, n. 250) oppure una perizia (più oltre, n. 258). E allora bisognerà applicare le regole relative.

In un certo senso si potrebbe dire, che costituiscono delle prove precostituite anche le conformazioni di certe cose che, per essere (anche solo praticamente, se non giuridicamente) immobili o difficilmente trasportabili, non si possono « produrre » nelle forme di cui sopra, per esempio, i termini di confine (art. 441 cod. civ.) o quel « piovente » del muro che abbiamo ricordato più sopra (n. 239), una lapide murata, una macchina installata in un edificio ecc.. In questo caso si verifica fin dall'origine, che la cosa o la sua conformazione non possono essere presi in esame, se non attraverso una procedura probatoria (es. accesso giudiziale, perizia) e allora, per quella tale confusione già accennata nella formazione concettuale della categoria dei mezzi di prova, non si considera più come « mezzo di prova » la cosa, bensì la procedura del suo esame; e questa viene ascritta alle prove semplici. Che se ci si possa servire ad es. di fotografie (v. più oltre il n. 255), si considererà come mezzo di prova la fotografia, facendone oggetto di produzione, come un documento.

LE PROVE ORALI o semplici (o « incombenti ») consistono
242 in fatti o in attività processuali, che non si possono porre in essere se non nel corso del processo e con un impiego di attività stromentali (e non solo intellettuali, come può essere

lo studio di un documento) da parte del giudice; per esempio: una prova testimoniale, oppure consistono in fatti che si pongono in essere col concorso di certi ausiliarii di giustizia (v. sopra il n. 170), che il giudice stesso deve scegliere e investire dell'incarico; per esempio: una perizia.

A queste attività processuali a scopo di raccolta o acquisizione di prove, non si può dare esecuzione o dar corso, senza che il giudice abbia preventivamente esaminato e deciso, se ricorrono certe condizioni prescritte dalla legge, in modo generico o specifico. Queste si possono ridurre a due tipi. Prima di tutto ci possono essere delle condizioni di ammissibilità legale, attinenti alla natura del « mezzo di prova », che si tratta di « esperire », oppure alla forma e ai termini dell'istanza. Per esempio, non sarà ammissibile la prova testimoniale in quei casi, in cui la legge la vieta; e non sarà neanche ammissibile se la parte che la invochi, non specifichi i fatti (v. più oltre il n. 256). In secondo luogo occorrerà, che la prova, che si tratta di raccogliere, possa dare risultati utili agli effetti della decisione. Non si può dar corso ad una prova orale, per dimostrare dei fatti sui quali non c'è contestazione oppure dei fatti che, anche quando siano provati, non possano portare alcun contributo utile alla formazione della decisione. Nè si può muovere il giudice dalla sua sede, per andare ad esaminare delle cose, dalle quali non c'è niente da ricavare. E neppure è il caso di ricorrere ad un perito, là dove il giudice può intendere e giudicare coi proprii mezzi.

Sotto questo profilo la pratica parla, con espressione significativa, di « concludenza » (o « inconcludenza ») « rilevanza » (o « irrilevanza ») della prova e riprende a mano — questa volta ben a ragione — quel concetto, che sembra esserle così caro, dell'interesse processuale. Non c'è interesse (legittimo), si dice, a chiedere al giudice, che sprechi la sua attività, con perdita di tempo e di spese anche per le parti, senza alcun costrutto. Ed è verissimo. Come è anche vero, del resto, che non c'è, in questo senso, alcun interesse ai fini superiori di giustizia.

In linea di principio sembra non vi sia nulla da obbiet-

tare a questo sistema della legge. È l'attuazione pratica, invece, che dà luogo a gravi inconvenienti.

La legge, seguendo quel filo di pensiero, è arrivata infatti a considerare qualunque deduzione di prova orale o semplice, come materia di una questione incidentale nel processo. La parte che vuol invocare per sè quella prova (orale), deve farne istanza al giudice per « comparsa », con conclusioni specifiche in proposito. Soltanto davanti ai giudici minori le deduzioni e le conclusioni potranno esser fatte oralmente. L'altra parte può o dichiarare di non opporsi o fare a sua volta le sue deduzioni e prendere conclusioni, per contrastarne la ammissione. Nel primo caso, ringraziando gli Dei, il giudice può provvedere per ordinanza non impugnabile (e ammetterà le prove, se non ostino motivi di diritto, rilevabili d'ufficio); ma sarà caso raro, in pratica, che gli avversarii vadano d'accordo. E allora, sentenza (si veda l'art. 206 cod. proc. civ. e gli artt. 1 e 3 del r. d. 20 settembre '22 già citato, per i pretori e i conciliatori). La sentenza (sebbene interlocutoria e non definitiva), in ossequio al criterio generale adottato nel codice, è impugnabile con tutti i mezzi come tutte le altre (sopra n. 211), onde una gravissima complicazione nel corso del processo, la quale riesce poi tanto più grave, in quanto che, per ammettere (o non ammettere) la prova, il giudice (soprattutto per gli effetti della concludenza o rilevanza), bisogna che esamini il merito e qualche volta ne decida in realtà qualche punto. Per esempio, bisognerà che decida della proponibilità delle domande, prima di ammetterne a prova il fondamento; bisognerà di solito che decida della figura di un atto o di un fatto giuridico invocato, per poter decidere se è ammissibile e concludente una prova testimoniale; e così di seguito. Di qui poi la questione, se la sentenza interlocutoria, che decida anche un punto di merito, quando sia divenuta irrevocabile, acquisti o non acquisti autorità di cosa giudicata sul punto stesso; se vincoli o non vincoli il giudice nella decisione finale del merito; come si coordini in definitiva con le altre sentenze pronunciate in causa, per stabilire il contenuto della pronuncia (su di che v. oltre, il capitolo VII, in fine).

In ogni modo, tornando alle funzioni delle parti e del giudice, qui si può dire che sorga un onere specifico di allegazione per le parti (es. articolare i fatti dedotti a prova testimoniale, proporre i quesiti peritali ecc.); e una funzione decisoria del giudice di carattere stromentale, con eventuale infiltrazione di qualche decisione definitiva parziale.

Ammessa la prova, bisogna eseguirla o, come si dice in pratica, « sperimentarla », « esperirla » (poco elegantemente: « sfogare l'incombente »).

Per questo la legge dà delle disposizioni generali e poi una serie di disposizioni particolari per ciascuna prova, particolarmente considerata (v. gli artt. 207 e segg. cod. proc. civ. e poi gli artt. 216 e segg.; 220 e segg.; 229 e seg. ecc. e qualche disposizione per i pretori e conciliatori nel r. d. già citato 20 settembre '22).

L'esecuzione della prova costituisce una fase a sè stante. Davanti ai giudici collegiali l'esecuzione è demandata di regola (anzi praticamente sempre) ad un giudice delegato (sopra, n. 171). Davanti ai pretori e ai conciliatori, la esecuzione può esser commessa ad un funzionario dell'ufficio giudicante, diverso da quello che ha deciso prima e deciderà dopo. Allo sperimento delle prove possono intervenire le parti personalmente, anche senza ministero di procuratore (v. le disposizioni citate sopra).

Dello sperimento si fa « processo verbale » (art. 211 cod. proc. civ.); e quando poi la causa venga ripresa per la decisione del merito, la parte che vuol invocare le risultanze delle prove esperite, deve « produrre » copia autentica del verbale (e perfino della perizia, quando questa sia stata fatta, come di solito, con relazione scritta), come se fosse un documento, perchè il giudice possa tenerne conto (art. 211 u. c.).

Durante lo sperimento della prova, possono sorgere degli incidenti di esecuzione. Per esempio, può farsi questione se una domanda possa o non possa esser rivolta ad una parte interrogata o ad un testimone, se un termine si possa o non si possa prorogare, se la citazione di un testimonio o di un perito sia valida o nulla ecc.. Anche qui davanti ai tribunali

e alle corti, se non vi sia accordo fra le parti, bisognerà far decidere il punto per sentenza, impugnabile, al solito, come tutte le sentenze (art. 209 cod. proc. civ.). Soltanto davanti ai pretori e ai conciliatori, l'incidente viene deciso con ordinanza e i reclami contro la medesima possono essere proposti solo nella discussione del merito (art. 4 del r. d. 20 settembre '22).

Ricordate così nelle somme linee queste regole generali (con rinvio alle disposizioni della legge per ogni maggiore dettaglio), possiamo venire alla rivista, che ci eravamo proposti di fare, dei singoli mezzi di prova (precostituiti o meno), avvertendo però che, per ragioni storiche, ma in parte anche di ordine giuridico, le discipline relative si trovano talvolta nelle leggi di diritto sostanziale (codice civile, di commercio ecc.) e sono trattate dagli scrittori a quel proposito, onde dovremo molte volte limitarci a dei semplici rinvii.

Cominceremo col dare, nella nostra rivista, un posto a parte alla « confessione », perchè questa talvolta può essere giudiziale (provocata o anche non provocata da una apposita procedura probatoria o « incombente »), talvolta invece (e più spesso) può consistere in un atto stragiudiziale, il quale deve a sua volta esser provato in giudizio con altri mezzi.

§ 26. — *La confessione delle parti.*

243 La CONFESSIONE nel campo delle azioni civili (spieghiamo e non definiamo), è la dichiarazione (narrativa) o la ammissione volontaria ed espressa, che una parte faccia, della verità di un fatto, che un'altra parte avrebbe avuto l'onere di provare a fondamento di una sua azione o di una sua eccezione, sia che questo avvenga mentre già pende fra le parti il relativo processo (e davanti al giudice, che ne è investito, ancorchè risulti poi incompetente : art. 1356), sia che avvenga fuori del giudizio (art. 1357) e anche prima che questo sia promosso. Basta tener presente questa seconda figura (confessione « stragiudiziale » in contrapposto alla prima « giudiziale »), per intendere, che la confessione può servire

e serve sopratutto (per chi se la procura da altri) a quell'armamento a difesa del diritto e delle azioni in senso sostanziale, del quale abbiamo parlato a suo tempo (n. 133 e segg.), ond'è un fenomeno, che interessa l'azione e le sue sorti e non soltanto il processo. La confessione giudiziale e quella stragiudiziale fatta alla parte interessata (cioè a quella che avrebbe l'onere della prova) « forma », dice la legge, « piena prova » (art. 1356 capov. e 1358 al.). Quella fatta stragiudizialmente ad un terzo (art. 1358 capov.), « non può somministrare che un semplice indizio » (elemento di prova congetturale, v., sopra, n. 239).

« Piena prova » significa, che quando la parte che aveva a proprio carico l'onere della prova, invochi a proprio favore la confessione altrui, il giudice è tenuto (per regola legale) a porre a base della decisione (fra loro e sul punto al quale la confessione si riferisce) il fatto confessato. La stessa efficacia si spiega anche fra successori ed aventi causa nell'azione (parte generale, nn. 72 e segg.).

Questa gravità delle conseguenze legali della confessione fa ritenere, che, quando si dice, che deve esser a questo effetto una dichiarazione « volontaria », si deve intendere : fatta o meglio resa con la coscienza di fissare in questo modo a favor di altri delle circostanze di fatto, che più tardi non si potranno più contestare (coscienza empirica e volgare, di quelli che possono essere più tardi gli effetti giuridici). Quanto meno : fatta, mentre questa coscienza la si doveva ragionevolmente avere.

Il racconto, fatto ad altri, di circostanze, che un giorno poi possano divenire giuridicamente rilevanti, ma senza averne (nè doverne avere) in quel momento la previsione e la coscienza, non è confessione agli effetti legali di cui sopra. Sarà un fatto semplice, che il giudice un giorno potrà liberamente valutare, come più o meno probante o indiziario. Non più di questo.

S'intende, che, quando la confessione è resa nel corso del processo davanti al giudice, quella tale coscienza di quel che fa, di regola, non può (o non deve) mancare nel dichirante, onde può ritenersi esclusa di regola ogni pos-

sibilità di indagine in proposito. L'indagine (della volontarietà e della coscienza) può esser ammessa, invece, quando la confessione sia stragiudiziale.

La confessione non perde efficacia e non può esser rivocata, sol perchè la parte dichiarante non sappia o non valuti tutte le conseguenze giuridiche, che possano derivare dal fatto confessato (art. 1360 u. c.). Può esser rivocata invece, quando si provi che fu la conseguenza di un errore di fatto (art. 1360 capov.), ma bisognerà provare queste due cose: che il fatto confessato non è vero, e che la parte dichiarante, al momento in cui ha confessato, erroneamente lo credeva vero (e per questo ha confessato).

È perfettamente coerente a questi caratteri e a questa efficacia legale della confessione, la disposizione dell'art. 1356, per cui il procuratore non può rendere confessioni giudiziali a carico della parte, se non sia munito di mandato (procura) speciale a questo effetto (onde l'ammissione del semplice procuratore non è mai confessione: sopra, n. 237). Parimenti coerente è quella dell'art. 1361: « per produrre « i suoi effetti, la confessione deve essere fatta da persone « capaci di obbligarsi. La confessione di tutori ed amministratori non pregiudica agli amministrati, se non quando « sia fatta ne' casi e modi per cui essi possono obbligare gli « amministrati medesimi ».

Per considerazioni analoghe è da ritenersi, che la confessione non abbia efficacia legale in quelle materie, che non sono oggetto della libera disposizione delle parti, per esempio in materia di rapporti matrimoniali, di famiglia ecc..

La dichiarazione confessoria può anche essere complessa o qualificata, quando la parte, dichiarando od ammettendo la verità di fatti, che l'altra parte avrebbe avuto l'onere di provare, contestualmente vi inserisce o vi aggiunge la dichiarazione narrativa di altri fatti o circostanze, di cui essa medesima invece avrebbe avuto l'onere a proprio carico (e ciò per escludere od eliminare le conseguenze dei fatti precedenti). Per esempio: « è vero che io ho promesso ecc., ma ero in errore, perchè ecc. »; oppure: « è vero che ho ricevuto ecc., ma ho restituito ecc. ». La parte, alla quale la confessione è resa, può invocarla o non invocarla (servirsene o non servirsene) in giudizio, ma se la invoca, bisogna che la prenda così come è, nella sua integrità, cioè come prova dei fatti a lui favorevoli e insieme anche dei fatti a lui contrarii; non può invocarla a prova di quelli favorevoli, astraendo e quasi depurandola da quelli contrarii. Però la giurisprudenza ammette (e crediamo con ragione) che, quando la parte a cui è resa, la invochi nella sua integrità, essa stessa possa poi dare, a sua volta, la prova contraria in ordine ai fatti a lei contrarii (così, negli esempii fatti testè, possa provare: non è vero che il confitente fosse in errore, quando ha promesso ecc.; non è vero, che abbia restituito ecc.). In questo senso va intesa la disposizione dell'art. 1360 al.: « la confessione non può essere divisa in danno di chi l'ha fatta ». Ciò che è logico ed umano.

TANTO SE GIUDIZIALE come se stragiudiziale, la con-
244 fessione, così intesa, è considerata dalla legge mezzo di prova (legale). Ma è anche evidente come vi sia una profonda differenza nel modo di utilizzazione processuale, a seconda che la confessione venga resa nello stesso processo, che mette poi capo al giudizio di merito, oppure stragiudizialmente (o anche in altro, diverso, processo). Nel primo caso essa resta automaticamente acquisita agli atti, e viene a diretta conoscenza del giudice. Nel secondo caso si concreta in un fatto estraneo al processo, e allora la parte che vuole invocarla a proprio favore, bisogna che cominci col darne la prova al giudice, cosicchè processualmente essa (parte) non è liberata senz'altro dall'onere della prova; si può dire piuttosto, che l'onere della prova si sposta. Invece di provare direttamente al giudice il fatto (confessato), la parte interessata proverà la confessione, e la confessione servirà allora come prova del fatto confessato. Una parte produce, per esempio, una confessione scritta e sottoscritta dall'altra parte. Diremo che il documento prodotto (scritto) prova la confessione, e la confessione prova il fatto (confessato).

Per poter considerare però la confessione come vero e mero mezzo di prova, bisogna che essa abbia per oggetto

dei fatti semplici (dal punto di vista storico), perchè soltanto i fatti (e non le figure o le conseguenze giuridiche) sono materia di prova in giudizio (sopra, n. 236). Da questa osservazione sorgono varie difficoltà, in ordine al valore giuridico di sedicenti confessioni stragiudiziali (largamente in uso nella pratica), che non hanno per oggetto dei fatti semplici, bensì dei fatti giuridicamente qualificati o addirittura la esistenza di rapporti o situazioni giuridiche.

245 La sedicente confessione dell'esistenza di rapporti o situazioni giuridiche, secondo noi, sconfina dai puri mezzi di prova, per entrare nel campo (finora ben poco studiato) dei negozii giuridici propriamente detti, aventi per iscopo precisamente l'accertamento negoziale o convenzionale di rapporti o di situazioni giuridiche di relazione. E anche quando contenga delle dichiarazioni narrative, ne sorgono delle figure complesse di enunciative, nel senso dell'art. 1318, e di negozio giuridico. Così, per esempio, quando una parte dichiari all'altra: « confesso di esser debitore della « tal somma, che prometto di restituire ecc. », siamo secondo noi nel campo dei negozii giuridici (con possibilità di argomentare dagli art. 1120 e 1121). Quando dichiari: « premesso che ho ricevuto la tal somma, il tal giorno e nel tal modo, prometto di restituirla ecc. », siamo nel campo dei negozii giuridici corredati da enunciative (con possibilità di argomentare dall'art. 1318). Siamo nello stesso campo, in fondo, anche quando la parte dichiari: « ho ricevuta la tal somma ecc. « a saldo del tal debito e dichiaro di nulla più avere da pre« tendere ecc. », perchè la dichiarazione conclude con una qualificazione giuridica del fatto come pagamento, con imputazione espressa (art. 1257) e con rinuncia finale ad ogni altra pretesa od azione, imputazione e rinuncia, che hanno carattere negoziale.

Queste osservazioni hanno un valore pratico, perchè quando si entra nel campo dei negozii, entrano in vigore tutte le regole relative, che solo in parte coincidono con quelle della confessione propriamente detta . . . ed usciremmo, dopo di ciò, dal campo della nostra trattazione, occupandocene più largamente. Quando dichiarazioni di questo genere (o analoghe a queste) siano fatte in giudizio, si finisce col passare dalla confessione propriamente detta al riconoscimento delle domande o delle eccezioni altrui (sopra, n. 218 in fine).

246 A provocare possibilmente la confessione giudiziale, la legge ammette, che una parte chieda al giudice di interrogare l'altra sopra « fatti relativi alla causa », fatti che essa dovrà « dedurre » e specificare a questo scopo (art. 216 cod. proc. civ.) e che dovranno essere, ben s'intende, fatti che essa (deducente) abbia l'onere di provare.

I fatti devono esser dedotti in modo, che l'altra parte possa rispondere: si (è vero), oppure: no (non è vero) — salvo però a lei, di fare quelle aggiunte o dare quelle spiegazioni, che creda.

L'intento apprezzabilissimo della legge, è quello di introdurre, se si può, una semplificazione (eliminando la necessità di altre prove). Ed a questo effetto è stata anche introdotta una disposizione (art. 218 capov. cod. proc. civ.), per cui: « quando la parte » (interroganda) « non comparisca, o « ricusi di rispondere, si hanno come ammessi i fatti dedotti, « salvo che giustifichi un impedimento legittimo ».

Cosicchè, in conclusione, se la parte interrogata risponde ammettendo i fatti, ne esce una confessione, alla quale sono applicabili tutte le regole della confessione giudiziale (compresa quella dell'inscindibilità, se la parte rispondente faccia delle aggiunte); se non risponde, si ha una finzione legale di confessione. Nel qual ultimo caso però, si discute se la parte che non ha risposto, possa ancora dare la prova contraria a quello che si è ritenuto vero in base al suo silenzio (come se la finzione si riducesse ad una presunzione semplice a suo carico). Finalmente, se la parte interrogata risponde e nega, dall'interrogatorio non si consegue alcun risultato utile, salva la possibilità per il giudice di fare qualche apprezzamento, liberamente valutabile, in proposito. Si rimane al punto di prima. Anche se risulti più tardi, che la parte, rispondendo, ha negato il vero, non è soggetta a sanzioni, salvo che (eventualmente) per le spese.

Purtroppo però bisogna riconoscere, che il modo in cui è stato attuato il lodevole intento della legge, di semplificare il processo, ha condotto a risultati del tutto opposti a quelli voluti, perchè la deduzione e lo sperimento dell'interrogatorio sono considerati come un «incombente» cioè, una procedura probatoria incidentale (sopra, n. 242), che deve esser ammessa dal giudice con sentenza, se le parti non sono d'accordo (sentenza impugnabile ben si intende); e non è neanche richiesto, che la parte, che deduce l'interrogatorio, deduca in pari tempo gli altri mezzi di prova, di cui intende servirsi nel caso in cui l'interrogatorio non dia risultati utili. Cosicchè può succedere di arrivare fino in cassazione o magari in sede di rinvio, per vedere definitivamente ammesso un interrogatorio ... e poi sentirsi rispondere dalla parte interrogata: «non è vero». Dopo di che, come dicevamo, si è al punto di prima.

I giudici minori (pretori e conciliatori) possono «sentire» direttamente le parti, all'effetto di tentarne la conciliazione (art. 417 cod. proc. civ. e art. 12 reg. 26 dicembre '92 n. 728). Però, data la finalità specifica, si deve escludere che ciò che le parti dicano in questa contingenza, possa avere valore di prova legale per la decisione del merito. Per le cause commerciali ci sarebbe anche il disposto dell'art. 401 cod. proc. civ., non abrogato, ma caduto di fatto in desuetudine.

§ 27. — *Prove precostituite e prove semplici (incombenti); produzioni e deduzioni; esecuzione delle prove semplici.*

I DOCUMENTI sono i mezzi di prova precostituiti, suscetti-
247 bili di produzione (sopra, n. 241), incomparabilmente più importanti di tutti, e la legge dedica loro una lunga serie di disposizioni legali.

Essa dichiara innanzitutto, che «la prova per iscritto risulta da atto pubblico o da scrittura privata» (art. 1313). E poi si occupa distintamente dell'atto pubblico, di una serie di figure, più o meno caratterizzate, di scritture private,

e finalmente delle copie degli atti pubblici e privati (fra le quali annovereremo, a suo tempo, anche i telegrammi).

L'esame di queste discipline, per le ragioni già accennate (sopra, n. 242, in fine), appartiene più agli studii di diritto sostanziale, che di diritto processuale. Accenneremo tuttavia quanto ci tocca più da vicino, a proposito del processo.

L'ATTO PUBBLICO è definito nell'art. 1315 cod. civ., come:
248 «quello (sic) che è stato ricevuto con le richieste formalità «da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, nel «luogo dove l'atto è seguito, ad attribuirgli la pubblica fede».

In realtà l'atto pubblico consta di un esposto di contenuto narrativo o descrittivo, in cui il pubblico ufficiale attesta, per iscritto, che certi fatti si sono svolti davanti a lui (e rientra fra questi, rispetto a lui come storico, il fatto che siano «comparsi» dei soggetti ad emettere certe dichiarazioni, che egli consacra nell'atto), oppure attesta, che egli stesso ha compiute certe attività (es. consegna di copia a scopo di notificazione, constatazioni di fatto a scopo di inventario ecc.). La redazione per iscritto dell'esposto, deve avvenire sul luogo e nel momento stesso dei fatti, con le formalità prescritte. E, quando si sia incorporato così in un documento («originale»), il termine «atto» viene usato sia ad esprimere l'esposto in se stesso, sia il documento («originale»), sul quale materialmente l'esposto si trova tradotto in segni grafici.

Di solito, questo documento («originale») è custodito presso di sè dal pubblico ufficiale come pubblico depositario, e passa ad altri ufficii (archivii), con analoghe funzioni, quando egli cessi dall'esercizio. Qualche volta la legge dispone invece, che il documento possa esser consegnato (in originale) direttamente alle parti.

In questi ultimi casi può anche essere direttamente «prodotto» in giudizio. Altrimenti può essere utilizzato come mezzo di prova scritta, facendosi rilasciare, e poi producendo, una copia «certificata conforme» (o «autenticata») da chi ha in custodia l'originale, nel qual caso la copia ha in linea di massima la stessa efficacia probatoria dell'ori-

ginale (art. 1333 e seg.), salva la possibilità di chiedere, per controllo, la collazione (di cui all'art. 1335 cod. civ. e all'art. 918 e segg. cod. proc. civ.).

L'atto pubblico e anche le relative copie — come documenti — hanno innanzitutto questa caratteristica processuale: che il giudice deve esser in grado di riconoscerli da certi contrassegni esteriori (sottoscrizione e sigillo, legalizzazioni ecc.), come effettivamente provenienti da un pubblico ufficiale, a sensi dell'art. 1315. L'atto nel suo intrinseco, come esposto od attestazione del pubblico ufficiale, « fa piena fede della convenzione e dei fatti seguiti alla pre- « senza del notaio o altro pubblico ufficiale, che lo ha rice- « vuto ».

Questo vuol dire, che il giudice è legalmente tenuto a considerare per vero, ciò che l'ufficiale pubblico « attesta » nell'atto (non già ciò che possa essere semplicemente espressione di una sua opinione intellettuale, sebbene manifestata nell'atto, per esempio l'opinione, che una parte sia capace o che un oggetto valga cento o mille).

Per escludere quella efficacia probatoria dell'atto, bisogna distruggerla attraverso un apposito giudizio di accertamento del « falso » dell'atto (che sarà « falso ideologico », se il pubblico ufficiale nel suo esposto abbia attestato il falso, oppure « falso materiale », se materialmente sia stato alterato il documento con aggiunte, abrasioni ecc.). Questo accertamento deve farsi attraverso un processo penale contro l'autore del falso, fino a che questo sia possibile, in quanto il falso è un reato, o, se questo non sia più possibile (perchè per es. l'autore è morto, il reato è prescritto o, se si tratta di falso materiale, perchè l'autore è ignoto o perchè il falso è derivato da un errore non doloso), attraverso un apposito procedimento civile, che si chiama « querela civile di falso » (art. 296 e seg. cod. proc. civ.). Questo procedimento, a dir vero, è tutto concepito sull'ipotesi, che si tratti di falso materiale, ma non si può evitare di seguirlo (con gli opportuni adattamenti, per ciò che riguarda l'istruttoria), anche quando il falso sia ideologico. L'accertamento è in ogni caso oggettivo; ha effetti per tutti e porta, come

conseguenza accessoria, anche alla distruzione materiale del documento, alla rettificazione ecc., da eseguirsi d'ufficio (artt. 480 e seg. cod. proc. pen.; art. 309 cod. proc. civ.).

Anche quando la querela di falso sia proposta in sede civile, nel corso di un giudizio nel quale sia stato prodotto l'atto incriminato, essa ha soltanto, nelle sue formalità iniziali di proposizione o di apertura, carattere di procedura probatoria incidentale; ma quando abbia corso, assume carattere di un procedimento autonomo, in pendenza del quale viene sospeso il processo originario (nel quale sia avvenuta la produzione), salvo che l'autorità giudiziaria « creda « che la causa o alcun capo di essa (sic) possa esser decisa « indipendentemente dal documento impugnato » (art. 32 capov. del reg. sul rito sommario e arg. dall'art. 308 capov. cod. proc. civ.). Esso viene ad assumere, in altri termini, il carattere di processo autonomo, pregiudiziale a quello di merito (nel senso veduto più sopra al n. 219). Conseguentemente è da ritenersi che, anche se la querela venga proposta quando la causa non si trova più davanti al giudice di primo grado, per il giudizio sul falso le parti devono esser rimesse in primo grado. Il pretore e il conciliatore devono rimettere, per competenza, al tribunale (sopra, n. 180, in fine).

Le formalità preliminari per la proposizione della querela e le norme di procedura sul giudizio civile di falso, si trovano nel cod. proc. civ., artt. 296 e segg. (oltre che nell'art. 32 reg. rito sommario citato sopra).

NON COSTITUISCONO atti pubblici agli effetti dell'art. 1315
249 cod. civ., le attestazioni, certificazioni ecc. di pubblici funzionarii, che, pur avendo l'obbligo di ufficio di attestare la verità, non sono autorizzati ad attribuire ai loro atti la « pubblica fede », nei sensi sopra ricordati. Rispetto a questi atti, può proporsi pertanto la prova contraria nel processo pendente, per gli effetti della decisione del merito (salvo al giudice di apprezzare, se la prova contraria possa riuscire o sia riuscita prevalente), senza ricorrere alla querela di falso.

Siccome però anche in questi casi il falso è penalmente

punito (art. 476 cod. pen. in relazione agli art. 357, 480, 481 ecc.), se abbia corso il procedimento penale, il processo civile dovrà essere sospeso a sensi delle disposizioni generali (art. 3 capov. cod. proc. pen.; v. sopra, n. 219 e n. 91), salvo, ben si intende, che possa esser deciso prescindendo dall'atto incriminato.

SCRITTURA PRIVATA per gli effetti della procedura civile,
250 è qualunque scritto, che non sia atto pubblico (compresi gli atti pubblici, nulli come tali: art. 1316 cod. civ.), anzi, in genere, qualunque impressione di segni grafici, alfabetici o numerici, i quali assumano alla lettura un significato ideologico, anche se stampati, incisi, dipinti, scolpiti ecc., su qualsiasi materiale che ne conservi la traccia, anche il bronzo, il marmo ecc..

Su alcune categorie di scritture la legge fornisce delle regole di prova legale. Quanto alle altre, vedrà il giudice nel suo libero apprezzamento, considerando il significato ideologico dei segni e la situazione di fatto della carta, della tavola o in genere della cosa che reca quei segni (secondo chi la possiede, dove si trova ecc.), quali elementi di convinzione può ricavarne.

Qui ci limiteremo a ricordare alcune delle principali regole legali, anche e sopratutto per evitare in proposito equivoci di ordine processuale.

La categoria più importante è quella delle scritture private sottoscritte.

Per evitare quei tali equivoci, bisogna stamparsi ben chiaro in mente, che gli estremi delle ipotesi che la legge vuol regolare son questi: scritture, il cui contesto (attraverso i segni grafici) esprima dichiarazioni di volontà, confessioni o altre manifestazioni di un pensiero giuridicamente rilevante — che siano o appaiano sottoscritte da una delle parti — e siano in possesso dell'altra parte, che le produce in giudizio, o quanto meno, siano in possesso di un terzo, dal quale l'altra parte abbia diritto di ottenere che le produca, nel di lei interesse. A questa ultima ipotesi potrà equipararsi, tutt'al più, quella in cui la scrittura sia rimasta a mani di

chi la ha sottoscritta, ma però l'altra parte abbia diritto di ottenerne da lei la produzione in giudizio, nel proprio interesse. Non c'è bisogno di aggiungere, che la scrittura può (e talvolta, ad effetti sostanziali, deve) essere sottoscritta anche da chi ne fa o ne ottiene la produzione e anche da terzi, ma agli effetti probatorii processuali non è questo, che più interessa.

La legge prescrive al giudice di ritenere che: (sempre quando la sottoscrizione sia genuina od autografa) il testo (comunque sia scritto, dattilografato, stampato, inciso ecc.) sia dichiarazione, manifestazione od espressione della volontà o del pensiero di chi la ha sottoscritta (salva la limitazione particolare dell'art. 1325) — e che il fatto, che la scrittura sia a mani della parte che la produce (o di altri che sia obbligato a produrla nel di lei interesse), sta a dimostrare che quella dichiarazione, manifestazione od espressione è stata emessa (ad effetti giuridici), a favore della parte medesima.

Si supponga, per esempio, che si tratti di una dichiarazione di volontà o di una confessione stragiudiziale: da quelle due proposizioni legali risulta, che, con la produzione della scrittura, la parte che la produce (o che ha diritto di ottenerne la produzione nel proprio interesse) arriva a provare e prova, che la dichiarazione negoziale o la confessione altrui a suo favore è effettivamente avvenuta e si è perfezionata. Questo è il risultato e l'effetto, di cui è intuitiva, senza commenti, l'enorme importanza pratica.

Questo però, ripetiamo, a condizione, che la sottoscrizione sia genuina. E qui la legge facilita normalmente l'accertamento di questo punto, perchè prescrive, che la parte che appare sottoscritta e contro cui la scrittura è prodotta, se vuol negare che la sottoscrizione sia sua, deve farlo subito ed in modo espresso (artt. 1312 cod. civ. e 283 cod. proc. civ.). Gli eredi od aventi causa di chi ha sottoscritto, possono limitarsi a dichiarare (espressamente), di non conoscere il carattere o la sottoscrizione del loro autore. Se la parte contro cui è prodotta la scrittura, non la disconosce espressamente (o se gli eredi non dichiarano espressamente di

non conoscerla), si ritiene che abbia confessato col silenzio, che è sua (o che gli eredi abbiano confessato, che è del loro autore). Se la parte la disconosce espressamente (o se gli eredi dichiarano di non conoscerla), allora bisogna, che la parte che invoca la scrittura e la produce (o che ne ha fatta fare la produzione da un terzo), provi che la sottoscrizione è genuina, in quei modi che il codice di procedura espressamente prevede e disciplina, e che prendono nome di «verificazione della scrittura» (artt. 282 e segg.). Se non tenta la prova o se la prova non riesce, la scrittura resta priva di qualunque efficacia probatoria.

Resta a chiedersi : accertata (comunque) la sottoscrizione, non c'è più modo di combattere la efficacia probatoria della produzione ? Comunemente si esclude, che la parte, che ha sottoscritto, possa provare (contro la presunzione della legge), di avere sottoscritto alla cieca, senza leggere o senza intendere il testo, anche se questo sia stato predisposto da altri (es. formularii, moduli, polizze a stampa). È una soluzione che, secondo noi, andrà però cautamente temperata, per lo meno per il caso di errore o di colpa della controparte. Si ritiene invece (e qui siamo d'accordo), che si possa provare, che il testo è stato compilato o modificato dopo la sottoscrizione e senza l'autorizzazione della parte che aveva sottoscritto (cosiddetto abuso di foglio : arg. dagli artt. 485 e 486 cod. pen.). Riteniamo infine, che si possa provare (contro la seconda presunzione della legge), che la scrittura non è stata volontariamente emessa, ma è entrata abusivamente in possesso di chi la possiede (per sottrazione, per estorsione, per frode ecc.). È opinione comune finalmente, che si possa ancora impugnare con la querela di falso la sottoscrizione, dopo averla riconosciuta. Però, se è certamente vero, che il falso può dar luogo ad azione penale anche dopo il riconoscimento (art. 485 cod. pen.), per parte nostra dubiteremmo (invece) della proponibilità della querela incidentale civile, quando non vi sia luogo alla azione penale.

Naturalmente, siccome la scrittura, anche quando faccia prova, fa prova soltanto del fatto della emissione della dichiarazione, manifestazione od espressione, che essa contiene, non esclude la possibilità di impugnare l'efficacia o la validità giuridica sostanziale del negozio o della confessione che ne risulta (per simulazione o per vizii del negozio, come incapacità, dolo, errore, violenza ecc.: art. 1324 cod. civ.). Ciò non è escluso, del resto, per identità di ragione, neanche quando la emissione della dichiarazione sia documentata per atto pubblico.

Siccome tutto questo sistema di prova legale è costruito per la ipotesi, che la scrittura sia invocata da una delle parti (quella che la produce o che ha diritto di farla produrre) contro l'altra (che la ha sottoscritta), non si applica nella ipotesi che la esistenza della scrittura sia invocata contro un terzo (o anche da un terzo), per dimostrare nei suoi confronti, che fra le parti è intervenuto quel tal negozio, o quella confessione o dichiarazione giuridicamente rilevante, che risulterebbe dal testo della scrittura stessa. Contro il terzo (o anche per il terzo), la esistenza della scrittura fra le parti non può essere, se non un indizio valutabile liberamente dal giudice, secondo le circostanze. Il che toglie anche molta della importanza, che parrebbe avere, a primo aspetto, la disposizione, per cui anche la genuinità della sottoscrizione del terzo deve essere espressamente e subito disconosciuta (art. 283 capov.).

Se la scrittura rechi una data (che si presume essere la data di emissione), questa fra le parti fa prova come enunciativa (che normalmente avrà un diretto rapporto con la disposizione : art. 1318). Di fronte ai terzi che potrebbero esserne pregiudicati, la legge, a prevenire delle troppo facili frodi, preclude al giudice di darle anche quel semplice valore di indizio liberamente valutabile, al quale abbiamo accennato, cosicchè la data dovrà essere provata con altri mezzi e in materia civile, anzi, solo con un straordinario rigore (artt. 1327, cod. civ., 55 cod. comm.). Il che non vale però, ben si intende, per quelle scritture di pubblici ufficiali, sebbene non autorizzati ad attribuire ai proprii atti la pubblica fede, di cui abbiamo fatto cenno più sopra. E ciò sia per le qualità di chi le forma, sia perchè non contengono di solito dichiarazioni negoziali o confessioni, ma attestazioni rese per ragioni di pubblico ufficio.

A tutti questi varii effetti, quando si parla di parti, s'intende riferirsi anche ai loro successori ed aventi causa. E siccome la prova necessariamente riguarda il fondamento di un'azione o di una eccezione, la distinzione fra terzi ed aventi causa da un lato e terzi dall'altro lato, deve farsi, al solito, secondo i criterii e le regole di successione nella azione, come avviene per l'autorità della cosa giudicata, per la confessione ecc. (cfr. nn. 82 e segg., 80, 243 ecc.).

Tutto questo abbiamo qui dovuto dire, perchè nel codice civile tutta la base del sistema si trova raccolta in un articolo, la cui formulazione, per ragioni storiche, è riuscita straordinariamente oscura, anzi ermetica: art. 1320 (che possiamo finalmente citare nel suo testo, adesso che dovrebbe esser chiaro ciò che vuol dire): « La scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto pubblico fra quelli che l'hanno sottoscritta, e fra i loro eredi ed aventi causa ».

Il sistema, in sè e per sè, non riesce applicabile a quelle scritture che non hanno un destinatario determinato, come il testamento olografo. È una grave lacuna della legge, a cui la giurisprudenza cerca di supplire, con delle interpretazioni analogiche estensive delle disposizioni or ricordate, qualche volta, per verità, assai discutibili.

251 La scrittura autenticata è una figura complessa, che risulta dall'accoppiamento di una scrittura privata con un atto pubblico (« autenticazione »), nel quale un notaio od altro pubblico ufficiale attesta, con pubblica fede a sensi dell'art. 1315, che la sottoscrizione è stata apposta alla sua presenza (art. 1323 cod. civ.).

Naturalmente la sottoscrizione non può più essere disconosciuta. Bisogna impugnare di falso l'autenticazione. L'autenticazione fa fede anche della data di fronte a tutti.

252 Contro il depositario della scrittura (se questa sia depositata presso terzi) la legge non introduce una procedura speciale per ottenere da lui l'esibizione, quand'anche la parte

vi abbia diritto. Bisognerà citarlo ad intervenire in causa a questo effetto (e la causa dovrà certamente ritenersi connessa a quella principale e può divenire anzi pregiudiziale a questa).

La produzione (o esibizione come la si suol chiamare in questo caso), potrà essere ordinata o in base alle norme ordinarie del deposito o del mandato di diritto privato o secondo le leggi e regolamenti speciali, quando si tratti di depositarii pubblici.

Qualche volta la produzione della scrittura privata in originale riesce impossibile, perchè depositata presso pubblici depositarii, che non se ne possono spogliare senza ordine di giustizia (presso notai, presso pubblici archivii, presso uffici del registro ecc.). Può farsene allora la produzione per copia e si applica (estensivamente, se occorre) l'art. 1333 capov. secondo il quale la copia certificata conforme da un pubblico ufficiale « fa fede ». Però fa fede soltanto della conformità materiale, e nulla dice circa la genuinità delle sottoscrizioni. La parte contro la quale è prodotta la copia, può dichiarare di disconoscere, che sia stato sottoscritto da lei l'originale — o chiedere, che ne sia ordinata giudizialmente la produzione al pubblico ufficiale (se la legge e i regolamenti relativi lo consentono) — o chiedere termine per consultare l'originale, ordinando, se occorre, che le sia esibito nel luogo dove esso è custodito.

In caso di disconoscimento, la procedura di verificazione dovrà farsi sull'originale; e la legge dà disposizioni apposite per ottenerne il deposito in cancelleria (arg. dagli artt. 288 e 302 cod. proc. civ. e disposizioni connesse).

Delle copie fotografiche faremo cenno più oltre. Una menzione particolare merita invece qui il telegramma.

253 Il telegramma, come arriva al destinatario, è una copia di una scrittura privata, che serve di stromento o tramite di comunicazione dell'originale, che rimane presso l'ufficio mittente, copia formata bensì da pubblici ufficiali (ufficiali del telegrafo), ma non autorizzati ad attribuirvi la pubblica fede di conformità, e formata con l'ausilio di mezzi elettromeccanici.

La conformità della copia all'originale, in queste condizioni, si presume fino a prova contraria. In caso di disformità, degli inconvenienti che possano esserne nati, nel campo del diritto sostanziale, risponderà il mittente, se sia dovuta a sua colpa, e altrimenti si applicheranno le regole del caso fortuito. Comunque, agli effetti processuali, soltanto l'originale può considerarsi come scrittura del mittente. Si applicheranno, in proposito, le regole ordinarie che abbiamo viste più sopra, però con una modificazione veramente sostanziale, e cioè, che l'originale si presume che sia espressione del pensiero e della volontà del mittente, anche se non abbia personalmente sottoscritto, quando però sia provato, che l'originale fu consegnato da lui (o da chi per lui) all'ufficio telegrafico. In queste condizioni, è da ritenersi che spetti al mittente o preteso mittente, tanto il disnoscere di aver sottoscritto l'originale, che di averlo consegnato o fatto consegnare (in difetto di che, si applica la presunzione di legge). Di fronte al disconoscimento, spetterà al destinatario che produce il telegramma; o chiedere la verificazione dell'orginale o provare la consegna.

L'originale può essere autenticato, e si applicano allora, anche per questo riguardo, le regole ordinarie.

Anche la data risultante dalla attestazione degli ufficiali telegrafici, fa fede, come è naturale, fino a prova contraria (nel senso di cui sopra, n. 251).

Con queste avvertenze interpretative dal punto di vista processuale, possono leggersi, pensiamo, senza pericolo, gli artt. 45 e seguenti del cod. comm., la cui redazione lascia alquanto a desiderare in ordine alla completezza e alla correttezza tecnica.

ALTRE CATEGORIE di scritture private, intorno alle quali
254 la legge dà disposizioni di carattere legale, sono i libri dei commercianti, in quanto sotto il profilo delle loro particolari finalità, contengono delle annotazioni descrittive di operazioni compiute, nei rapporti con altri. Le regole relative non possono essere utilmente studiate, se non in relazione agli studii di diritto commerciale. Ci limiteremo per-

tanto a ricordare, che le annotazioni di per sè, e nella loro origine, non hanno carattere di manifestazioni negoziali o confessorie dirette ad altre persone. Però, siccome la tenuta dei libri è prescritta nell'interesse della generalità, la legge ne deriva per riflesso, anche a favore dei singoli, una specie di diritto (o meglio di interesse occasionalmente protetto e munito di azione), per ottenerne la «esibizione» e farne «estrarre ciò che interessa la controversia» (arg. dagli artt. 28 cod. comm. e 43 del reg. sul rito somm.); e ciò allo scopo di ricavarne elementi di prova a proprio favore. E nel caso dell'art. 51 cod. comm., introduce una regola legale sul valore che può avere in giudizio il rifiuto di esibizione. Nei casi di società o di comunione di beni, i libri della gestione sociale si considerano tenuti nell'interesse di tutti i soci o comunisti e allora questi hanno il diritto (e non più soltanto un interesse occasionalmente protetto) ad ottenerne la comunicazione (artt. 27 cod. comm. e 43 del reg. sul rito somm.). La stessa regola si applica in caso di successione fra coeredi. Le annotazioni dei libri fanno prova contro il commerciante (salvo applicarvi le regole della inscindibilità), per una presunzione di legge fondata su considerazioni intuitive e di comune esperienza, oltrechè sull'obbligo di veridicità. Però, non trattandosi di una confessione, riteniamo che il commerciante possa dare la prova contraria (salve le conseguenze civili e penali della sua infedeltà nelle registrazioni). Quando siano regolarmente tenuti, fanno prova entro certi limiti (di prova seriamente indiziaria), anche a suo favore, appunto perchè nell'interesse generale il commerciante ha obbligo di veridicità e di fedeltà nelle sue registrazioni (sotto comminatorie di sanzioni penali, che in qualche caso si spingono fino alle sanzioni del falso ideologico), onde una certa presunzione, in questo senso, sembra giusticata. Le regole sono diverse, secondo che si trovino di fronte due commercianti oppure un commerciante e un non commerciante, perchè nel primo caso ambedue avrebbero l'obbligo della tenuta dei libri, onde il confronto, oppure il fatto che uno dei due non li abbia tenuti o rifiuti di esibirli, possono dare elementi diversi di certezza o di presunzione, che non nell'altro caso.

Con queste avvertenze, crediamo di poter rinviare alla lettura degli artt. 1328 e seg. cod. civ. e 48 e seg. cod. comm. e alle relative trattazioni di diritto commerciale.

I copialettere (e oggi anche i copiafatture), anche se siano regolarmente tenuti, non forniscono a loro volta che un elemento meramente indiziario, che gli originali, corrispondenti alle copie impressevi, siano stati effettivamente inviati ai rispettivi destinatarii, elemento che dovrà essere valutato in relazione alle circostanze (contegno dell'avversario di fronte alla esibizione, eventuali ricevute di spedizione, riscontro che possano trovare le lettere, che si asseriscono spedite, nella produzione di altre lettere ricevute ecc.).

Per quanto riguarda le annotazioni sui libri e registri domestici, rinviamo all'art. 1330 cod. civ.; e per i libretti di conti colonici agli artt. 1662 e 1663, che contengono delle regole di prova legale ispirate a considerazioni particolari a questo rapporto (norme dispositive, per altro, ed oggi soggette ad esser modificate anche per effetto di contratti collettivi). Rinviamo all'art. 1331 per quanto riguarda le annotazioni sui titoli di credito (dove però « titolo » va inteso nel senso generico di documento scritto, destinato ad esser usato come prova, per far valere il credito, occorrendo). Lasciamo all'art. 1332 il residuo storico delle tacche di contrassegno.

Hanno carattere di diritto sostanziale più che di diritto processuale probatorio, le disposizioni o la menzione, che si trovano nel codice di commercio, delle fatture accettate, delle note dei mediatori ecc., onde riteniamo di dover rinviare senz'altro per queste alle trattazioni di diritto commerciale.

255 FOTOGRAFIE e altri mezzi di riproduzione fotomeccanica, pellicole cinematografiche, dischi fonografici possono essere mezzi di documentazione, suscettibili di produzione in giudizio (nulla lo vieta); ma non sono presi in considerazione dalla legge, onde non si hanno in proposito norme legali; e forse è bene. Del resto non è considerata neanche la stampa (quando non faccia corpo con scritture sotto-

scritte o con altri atti, nei quali sia indifferente il modo di impressione di segni grafici), non sono considerati i disegni, i modelli e, in genere, le immagini figurative. Questo vuol dire, che apprezzerà il giudice, caso per caso, quali elementi di convinzione creda di poterne trarre e a quali analogie possa far ricorso, per esempio con le norme relative alla documentazione scritta o ad altri mezzi di prova.

In genere si può dire, che il valore dimostrativo delle fotografie, pellicole, dischi ecc., come anche delle immagini figurative, dipende dalle garanzie di fedeltà da cui siano assistiti od accompagnati; e dipenderà dalla abilità e un po' dalla fantasia delle parti interessate, congegnare e fornire queste garanzie. Niente vieta, per esempio, che un notaio o altro pubblico ufficiale assista alle operazioni tecniche e ne faccia « verbale » per atto pubblico. Nulla vieta, che vi assista un perito, e ne faccia relazione, o che un perito le faccia eseguire (o magari le esegua egli stesso, sotto vincolo di giuramento), per il che si può trovare un punto di appoggio, per eventuali analogie, nell'art. 264 e magari (e non paia ridicolo, sebbene remoto) nell'art. 212. Molto dipenderà, per il giudice, anche dal contegno e dal tenore delle eventuali contestazioni delle altre parti. Così, per esempio, non crediamo, che di fronte alla produzione di una fotografia (anche se si asserisca che contenga la riproduzione di una scrittura), valga l'obbligo di disconoscimento espresso ed immediato dell'art. 283 cod. proc. civ.. Però il silenzio della controparte può assumere, prima o poi, un significato per il giudice.

Anche altre analogie potranno essere significative. Ci si potrà domandare, per esempio, se, quando sia stata usata la riproduzione a stampa (avvisi sui giornali, manifesti ecc.), come mezzo di comunicazione, non possano applicarsi per analogia, le regole relative alla provenienza del telegramma.

Del resto, non si può dire che si sia esaurita, neanche con questi accenni, la elencazione, virtualmente inesauribile, delle possibili prove precostituite, suscettibili di produzione. Per esempio, può funzionare come prova di questo genere, un campione di merci, più o meno opportunamente contrassegnato, un saggio di prodotti ecc.. In questa indeter-

minatezza, bisogna per forza che la legge si rimetta alla prudenza, alla esperienza, al senso pratico del giudice.

256 La prova testimoniale è la prova orale per eccellenza. Essa consiste, in sostanza, nel far « attestare » al giudice da persone estranee al processo (testimoni), che essi hanno appresi o constatati coi loro sensi dati o fatti, rilevanti per la decisione; e ciò con particolari cautele processuali, destinate ad assicurare (per quanto si può) la veridicità delle attestazioni (« deposizioni »). Tali cautele consistono soprattutto nel giuramento, che devono prestare i testimoni davanti al giudice, e in occasione del quale sono ammoniti del dovere che assumono, di fronte alla loro coscienza, di fronte a Dio, se sono credenti, e agli uomini (cioè di fronte allo Stato e di fronte alle parti interessate), di dire la verità. Prestare testimonianza, prestare giuramento e dire la verità sono doveri civici di tutte le persone fisiche, che siano ritenute idonee a questa funzione. Chi si rifiuti, può essere tradotto anche con la forza e comunque commette un reato. E reato commette, punito con pene gravissime, chi, deponendo come testimone, affermi il falso o neghi il vero (artt. 226 e 242 cod. proc. civ. e 372 cod. pen.).

I testimoni, in teoria, possono deporre soltanto sui fatti semplici o grezzi. Non solo non possono esprimere giudizii, definizioni od opinioni di diritto (e ciò discende dai principi consueti sulla distinzione tra fatto e diritto), ma non possono nemmeno trarre ed esprimere illazioni, secondo regole di esperienza (tecniche, scientifiche ecc.), da ciò che hanno visto, udito, toccato con mano, salvo che il fatto stesso di averne tratte a suo tempo delle illazioni, non assuma, a sua volta, in sè e per sè (come fatto storico e non come valore di opinamento), un valore rilevante per la decisione. E quando diciamo che « non possono », non intendiamo soltanto di dire, che, se le esprimano, il giudice non ne deve tener conto, ma intendiamo dire, che il giudice deve vietare loro di esprimerle, riconducendoli costantemente col suo interrogatorio, a riferire soltanto le loro constatazioni empiriche primordiali. Ciò, per il troppo giustificato timore che gli

opinamenti personali finiscano coll'influire sulla veridicità bruta della deposizione. Il ragionare sui fatti, non può essere se non compito del giudice stesso o del perito.

Purtroppo, se questo è apparentemente facile da dire in teoria, è estremamente difficile da attuare in pratica, perchè il testimone bisogna pure che dia una sua rappresentazione dei fatti, senza di che non sarebbe neanche possibile darne notizia. Ora in questa rappresentazione c'entrano inevitabilmente degli elementi di elaborazione mentale, secondo regole di esperienza e di (vera o creduta) logica. Bisognerebbe che il giudice costringesse il testimone, per lo meno, a mantenersi dentro i limiti di ciò, che è strettamente necessario alla rappresentazione delle constatazioni fatte coi sensi, e lo interrogasse in modo da poter analizzare il processo mentale, per cui è arrivato a quella rappresentazione e da spogliarlo di tutto ciò che abbia di arbitrario e di soggettivo. Praticamente, almeno nel nostro paese, questo non si ottiene che in modo molto imperfetto, il che equivale a dire che i testimoni, anche senza volerlo o senza saperlo, finiscono per esprimere delle opinioni, quasi sempre influenzate da condizioni psicologiche soggettive. E la verità resta abitualmente in fondo al pozzo.

Soprattutto per questo, anche a prescindere dal pericolo della subornazione (art. 377 cod. pen.) o dalle interessate suggestioni, ha od aveva più che mille volte ragione la nostra legge, diffidando dei testimoni (quali che siano state le ragioni storiche od occasionali delle sue disposizioni) e cercando di premere nel senso, che, almeno nella formazione dei negozii giuridici, le parti abbiano cura di servirsi dello scritto, come mezzo di manifestazione o almeno abbiano cura di precostituire la prova scritta. E, secondo noi, è praticamente deplorevole una certa tendenza odierna a largheggiare nella ammissione della prova testimoniale, per una creduta maggiore o migliore tutela della buona fede. Oggi soprattutto, che scrivere e leggere è cosa di tutti.

Le limitazioni alla ammissibilità della prova si trovano soprattutto (per le materie civili) nel codice civile, il quale esclude la testimoniale per la prova di convenzioni di valore

superiore alle duemila lire (art. 1341 cod. civ.: r. d. 20 settembre '32, n. 1316, art. 20) e la esclude contro ed in aggiunta allo scritto (art. 1341 cit.), anche fuori dei casi in cui lo scritto (o qualche volta l'atto pubblico) è richiesto come formalità essenziale (art. 1314 e leggi complementari e connesse), salve certe eccezioni che riconosciamo inevitabili (impossibilità di formare lo scritto; perdita dello scritto che era stato formato, quando sia avvenuta per caso fortuito o di forza maggiore: art. 1348) o giustificate (esistenza di un principio di prova per iscritto: art. 1347). Quando si tratti di obbligazioni commerciali, il codice di commercio (art. 44) lascia alla autorità giudiziaria di « consentire » la prova testimoniale anche nei casi in cui l'art. 1341 la escluderebbe, salvo che esso stesso (codice di commercio) richieda la prova scritta, nel qual caso si torna alla regola dell'art. 1341 (art. 59: esempii negli artt. 420, 454, 484, 494, 515 ecc. ecc.). Questa disposizione (dell'art. 44) imponeva alla autorità giudiziaria una prudente valutazione delle circostanze, per far luogo all'ammissione. Purtroppo qualche aberrazione giurisprudenziale in proposito, ha portato al risultato di ammetterla praticamente sempre, abdicando a quelle salutari facoltà di controllo, che erano nello spirito dell'art. 44.

La prova testimoniale, in quanto dà luogo ad una procedura probatoria (fra le più difficili e le più complesse), non può aver corso se non sia stata « ammessa » dal giudice (per ordinanza, se le parti siano d'accordo e non ostino motivi perentorii di diritto, e altrimenti con la consueta sentenza, impugnabile). A questo effetto la parte, che ne invoca l'ammissione su certi fatti, deve « dedurli specificatamente per articoli separati » (art. 229). Non si indicano in queste occasioni i testimoni, che verranno « indotti » di poi. Il procedimento per lo sperimento della prova davanti ai tribunali e alle corti d'appello, è regolato dagli artt. 229 e seguenti cod. proc. civ., 36 e 37 reg. sul rito sommario: semplificato per i pretori ed i conciliatori: artt. 8 e segg. r. d. 20 settembre 1922, n. 1316 già citato.

Qui si nota (soprattutto davanti ai tribunali e alle corti),

che il codice, così poco energico di solito nello stringere i tempi del procedimento, abbonda viceversa di termini inutilmente rigorosi, a cominciare dal termine (prorogabile, ma altrimenti fatale), dentro il quale la prova dovrebbe esser esperita (di regola trenta giorni), ciò che moltiplica le trappole, senza risultati veramenti utili.

Singolare, ma comunque degna di memoria, se non precisamente di elogio, è la disposizione secondo la quale, dopo che sia stata ammessa una prova testimoniale chiesta da una parte, l'altra può ancora chiedere, che la sua prova contraria (che è di diritto: sopra, n. 239, in fine, e che come tale dovrebbe esperirsi nello stesso termine), sia estesa a « fatti nuovi ». La relativa deduzione deve esser fatta entro un termine perentorio, che viene concesso a questo scopo, e su di essa bisognerà, al solito, che il giudice decida per ordinanza o per sentenza impugnabile, dopo di che decorrerà un nuovo termine per lo sperimento della prova sui fatti nuovi (e sulla prova contraria, in senso inverso, rispetto a questi fatti nuovi: artt. 229 capov. cod. proc. civ., 37 reg. sul rito sommario già citato, 8 del r. d. 20 settembre, 22, pure citato). Che cosa si intenda poi per « fatti nuovi », non si sa bene. A quanto pare, dovrebbero essere fatti diversi, che però escludono, nella loro materialità, la sussistenza di quelli dedotti da chi per primo ha chiesta ed ottenuta l'ammissione della prova. C'è chi vi comprende, però, anche dei fatti che possono esser dedotti a fondamento di una eccezione o di una replica, che non escluda la sussistenza materiale dei fatti che sono oggetto della prova diretta, ma ne modifichi od elimini le conseguenze giuridiche. Il che ci sembra, per verità, aberrante rispetto ai lineamenti generali del nostro procedimento.

L'ACCESSO GIUDIZIALE, in sè e per sè, si dovrebbe dire
257 che non è una prova, ma una procedura probatoria, introdotta per il caso, in cui degli elementi di convinzione possano risultare dalla ispezione di cose non trasportabili e quindi non suscettibili di produzione (v. sopra, n. 241). Allora Maometto va alla montagna; cioè va il giudice (e, dove l'ufficio è collegiale, va un giudice delegato), vede, constata,

consacra in un verbale. Anche qui ci vuole l'ordinanza o la sentenza. Con sentenza il giudice può ordinarlo anche d'ufficio.

L'accesso giudiziale può associarsi alla perizia o alla prova testimoniale, da esperirsi in luogo.

La relativa procedura è fondamentalmente regolata negli artt. 271 e seg. cod. proc. civ..

LA PERIZIA, a sua volta, è uno spediente probatorio,
258 più che una prova, che può servire a due scopi distinti, sebbene non di rado accoppiati. Quando si ritiene che vi siano degli elementi di convinzione, da ricavare dalla ispezione di certe cose, il giudice, invece di ordinare l'accesso, può ordinare che le relative rilevazioni siano fatte da un tecnico, cui egli demanda questo incarico, con obbligo di riferire. In questo caso il perito ha un compito essenzialmente di constatazione; e il suo riferimento ha in certo senso il carattere di attestazione testimoniale, fatta però da un soggetto scelto e qualificato come ausiliario di giustizia. Altre volte il giudice può demandare al perito di ragionare su rilevazioni fatte o da farsi, od anche sulle risultanze di prove orali già esperite (es. testimoniali), per trarne tutte quelle illazioni di ordine tecnico e scientifico, utili ai fini della decisione, che il giudice stesso coi soli mezzi intellettuali proprii non crede di poterne trarre (sopra, n. 224 e n. 170). Molto spesso il primo compito si accoppia al secondo, in quanto venga demandato al perito di fare le opportune constatazioni e su di esse poi ragionare, per trarle a conseguenze.

Le constatazioni sono materia di « operazioni peritali », che devono esser compiute in concorso delle parti, con determinate formalità. Possono esser combattute con prove contrarie, anche dopo che il perito abbia riferito. I ragionamenti possono essere combattuti con altri ragionamenti, e qui, come sappiamo, l'avviso del perito non vincola l'autorità giudiziaria (nel senso di cui sopra, al n. 224).

La perizia può essere ordinata ad istanza di parte o anche d'ufficio, con ordinanza o con sentenza (impugnabile), al solito. Può esser nominato anche un collegio di periti.

I periti devono prestare giuramento di procedere (o di avere proceduto) fedelmente nelle operazioni loro commesse (e si deve intendere anche nel loro eventuale compito di ragionamento), al solo scopo di far conoscere al giudice la verità. Giurano prima dell'inizio delle operazioni, davanti ai tribunali e alle corti, e devono riferire per iscritto. Possono giurare anche dopo e riferire oralmente, davanti ai giudici minori. Ci sono delle gravi sanzioni penali per la infedeltà (art. 373 cod. pen.).

La perizia può esser ritenuta nulla, non solo per difetto di forme, ma anche quando non fornisca al giudice elementi sufficienti per la decisione; e può esserne ordinata una seconda. Possono anche esser chiesti chiarimenti al primo perito.

La procedura è regolata fondamentalmente dagli artt. 271 e seguenti cod. proc. civ., 38 reg. sul rito somm. e 10 del r. d. 20 settembre '22 citato.

La pratica, nel silenzio del codice di procedura, ha introdotto l'uso in giudizio di cosiddette « perizie stragiudiziali», cioè riferimenti di tecnici, scelti dalle parti, su materie che potrebbero essere oggetto di perizia giudiziale oppure che lo sono già state (in questo ultimo caso, per contrastarne o per confortarne i risultati). Si è escogitato anche il modo di far giurare questi periti (davanti al pretore) attraverso certe analogie, più o meno discutibili, a forme di giurisdizione volontaria. Ma si tratta di un giuramento di valore unicamente morale (non è applicabile al caso l'art. 373 cod. pen. già citato). La perizia stragiudiziale viene poi prodotta come documento.

La giurisprudenza ritiene (e giustamente), che il giudice debba tenerne conto, non per il suo eventuale valore testimoniale, ma in quanto contenga un contributo di regole di esperienza e di ragionamenti, come dovrebbe tenerne conto se venissero direttamente dalle parti o dai loro difensori. Un ragionamento infatti, dove materia per ragionare ci sia, può avere un suo valore intrinseco, da qualunque fonte provenga, e può anche illuminare il giudice, salvo il suo più rigoroso dovere di critica.

GLI ARBITRI CONCILIATORI, di cui all'art. 402 cod. proc.
259 civ., sono anch'essi in qualche modo dei periti, ausiliarii di giustizia, in materia contabile e di tecnica commerciale, che ricevono in più l'incarico di tentare di conciliare le parti, prima di riferire. Per questo lato l'aggettivazione (conciliatori), corrisponde alla cosa. Ma non sono viceversa in nessun modo degli arbitri, nè assimilabili per alcun verso agli arbitri.

Disposizioni particolari, che però stanno di mezzo fra il diritto sostanziale (contenuto dell'obbligazione, modo di adempimento per la sostanza) e la procedura (modo di adempimento in sede giudiziale), dà infine la legge per il « rendimento dei conti e la liquidazione dei frutti ». In complesso più che di una procedura probatoria, sembra trattarsi di un procedimento speciale. Rinviamo in ogni modo agli articoli 319 e seg. del cod. proc. civile.

§ 29. — *Il giuramento delle parti nelle sue varie figure.*

IL GIURAMENTO, che il giudice può deferire d'ufficio ad
260 una parte in causa, a sensi dell'art. 1347 cod. civ., è anch'esso un mezzo di prova, sebbene di carattere singolare.

Il giudice può deferirlo ad una delle parti (che a suo giudizio, e in relazione alle circostanze già emerse, ritenga più attendibile o meglio in grado di conoscere la verità), quando, in ordine al fondamento dell'azione o di una eccezione, siano state bensì fornite delle prove (e altre da raccogliere non ve ne siano), ma nella sua coscienza il giudice non se ne senta interamente convinto, sia insomma in uno stato di scrupolo. La legge sente di non potergli prescrivere rigidamente di decidere in un senso o nell'altro, passando sopra al dubbio o facendo prevalere viceversa il dubbio su risultanze munite di una certa attendibilità. E allora gli consente di ricorrere a questo spediente per tranquillare la propria coscienza. Fuor di questo caso (e cioè quando non vi sia questo stato di convinzione obnubilata dallo scrupolo), la legge ribadisce, che « il giudice deve accogliere o rigettare la domanda » (art. 1375 cod. civ.), applicando le regole

sull'onere della prova. In pratica questo giuramento si suol chiamare « suppletorio ».

Qualche situazione particolare, è legalmente considerata equiparabile a queste or accennate, come può vedersi negli artt. 1328 cod. civ. e 51 cod. comm..

Il giudice può ricorrere ad uno spediente analogo, quando in relazione ad una domanda di condanna, sia stata data la prova che il debito esiste, e non risulti che sia stato soddisfatto, ma non risulti provato il suo ammontare, nè vi sia modo di provarlo altrimenti (artt. 1374 e 1377 cod. civ.). Anche in questo caso la legge ha ritenuto di non poter imporre di assolvere (mentre è certo che un debito c'è) ; e d'altra parte, per condannare, bisogna pur stabilire, che cosa è dovuto ; e questo elemento manca. Per uscirne, era difficile trovare un altro spediente. Però il giudice, in relazione a quanto sia già emerso dalle prove, deve determinare preventivamente fino a che ammontare massimo egli crede di poter condannare fidando nel giuramento, che deferisce (art. 137 cit.). In pratica questo giuramento si suol chiamare « estimatorio ».

Un caso particolare, che la legge equipara al precedente è quello dell'art. 326 cod. proc. civ..

Il giuramento suppletorio od estimatorio non può essere deferito che con sentenza. Discende dalla sua natura, che non siano necessarii (almeno per il suppletorio) conclusioni formali delle parti. Le parti possono piuttosto suggerirlo al giudice, il quale ne stabilirà i termini e le modalità.

La procedura per la prestazione è regolata nel cod. proc. civ., artt. 220 e seg., in dipendenza dall'art. 228. Il giuramento d'ufficio, non può esser riferito da una parte all'altra (art. 1376 cod. civ.). Se la parte rifiuti di giurare, il giudice dovrà decidere in merito contro di lei, per la impossibilità giuridica, oltrechè logica, che è venuta a crearsi, di decidere a suo favore. Del che, il giudice naturalmente deve rendersi ben conto al momento in cui deferisce il giuramento, sia per la designazione della parte, che per la formula.

Il falso giuramento è punito come reato (art. 371 cod. pen.).

Si è ritenuto, che dopo la prestazione, se una parte,

si trovi in grado di produrre o dedurre delle prove contro il tenore del giuramento prestato (prove che non avesse potuto produrre o dedurre prima), possa combatterne le risultanze. Potrà servirsi, a questo effetto, anche della sentenza penale, che abbia accertata la falsità del giuramento.

Da questi giuramenti (« d'ufficio »), che può deferire il giudice allo scopo di integrare la propria convinzione, bisogna tenere radicalmente distinto il giuramento « decisorio », che a nostro avviso sta fuori del campo delle prove, anche se la procedura per l'ammissione e lo sperimento figurino nel codice tra le procedure probatorie.

261 Il giuramento decisorio rappresenta un modo di risolvere, in tutto o in parte, le controversie, indipendentemente dalla convinzione del giudice.

Il codice lo definisce infatti dicendo, che è « quello che « una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione « della controversia » (art. 1363 n. 1 cod. civ.).

Ognuna delle parti, in qualunque momento (artt. 1366 cod. civ. e 220 cod. proc. civ.), può « deferire » il giuramento al suo avversario in causa (in forma negativa o meglio negatoria) sui fatti da lei stessa allegati a fondamento di una propria azione od eccezione oppure (in forma positiva) sui fatti dedotti dall'avversario stesso a fondamento di una sua eccezione o di una sua replica. Ciò, semprechè si tratti di « un fatto specifico di colui al quale si deferisce » ovvero lo si « deferisca sulla semplice notizia del fatto » (art. 1365 cod. civ.), nel qual ultimo caso ammettere di averne notizia, implica ammettere che il fatto sia vero, sebbene sia un fatto altrui. Per esempio, nel caso dell'art. 1312, l'attore potrà, secondo le circostanze deferire al convenuto un giuramento di questo tenore: « giuri e giurando neghi di aver ricevuto ... (oppure di avere promesso ...) ecc. », o viceversa (quando l'altro abbia eccepito il pagamento): « giuri e giurando affermi di aver pagato ... ecc. ». Se il pagamento, di cui si contende, sia stato fatto (o si dica esser stato fatto) dal deducente ad un terzo, il giuramento potrà esser deferito all'altra parta in causa, in questa forma: « giuri e giurando neghi essere e

sua notizia che ... » (e cioè che la prestazione al terzo sia avvenuta).

Di fronte ad una delazione di giuramento il giudice dovrà preliminarmente esaminare e decidere, se questo per il suo contenuto sia ammissibile (validamente deferito, su materia in cui la legge non lo escluda) e veramente « decisorio » (e cioè se i fatti dedotti a giuramento siano tali, che dalla loro sussistenza o insussistenza dipendano le sorti dell'azione o dell'eccezione). Ciò avverrà nelle stesse forme prescritte per le procedure probatorie (ordinanza, oppure sentenza, impugnabile). Ma una volta ammesso il giuramento, l'altra parte (a cui è deferito) si trova posta in questa alternativa: o giurare o soccombere (nella domanda o nella eccezione, in quanto dipendono dai fatti dedotti), con una sola possibilità di evasione: riferire a sua volta il giuramento alla parte che lo ha deferito, se il fatto sia « comune ad ambedue le parti ». Nel qual caso, è la parte a cui viene riferito, che viene a trovarsi nell'alternativa (o giurare o soccombere) e senza scappatoie (artt. 1367 e seg. cod. civ.).

Prestato o ricusato il giuramento, spetterà al giudice trarne le conseguenze nella sua sentenza di merito, in modo automatico, meccanico, vincolato a queste regole, senza possibilità di valutazioni o di apprezzamenti da parte sua (e quindi anche contro la sua interna convinzione).

Il falso giuramento è penalmente punito (art. 371 cod. pen. già citato sopra). Però non ci si può più difendere contro le conseguenze del giuramento nel processo civile, nè impugnare la sentenza fondata sul giuramento, neanche quando in sede penale ne sia stata accertata la falsità (arg. dall'art. 1370 cod. civ.). Si ammette tuttavia la parte, rimasta soccombente nel processo civile a seguito di un falso giuramento altrui, a costituirsi parte civile nel processo penale, per il risarcimento dei danni.

Appunto perchè con la delazione del giuramento si viene a sottrarre la causa al libero esame del giudice, per farne dipendere le sorti dalla « fede » dell'altra parte, la delazione è considerata dalla legge come atto di disposizione, che il procuratore non può validamente compiere senza mandato

speciale (salvo che la parte firmi personalmente la comparsa: art. 221 cod. proc. civ.), e riteniamo che non possano deferirlo i rappresentanti di persone giuridiche o di incapaci « se non nei casi e nei modi per cui essi possono obbligare » « i loro amministrati » (analogia all'art. 1361 capov. cod. civ.).

Coerentemente, si deve ritenere che non possa esser deferito il giuramento con effetto decisorio, in materie di cui le parti non abbiano la libera disposizione (materie sulla quale non è ammessa la transazione). Non può esser deferito sopra un fatto delittuoso (per non porre l'altra parte nella inumana alternativa, di giurare il falso e commettere con ciò un nuovo reato, o rivelare un reato precedente), nè su atti che richiedano lo scritto per la loro esistenza, nè contro l'atto pubblico, la cui efficacia probatoria non può esser distrutta se non con la querela di falso (art. 1364).

Il giuramento può esser deferito, a nostro avviso, anche a persone giuridiche o ad incapaci nella persona dei loro rappresentanti, ma solo quando si tratti di un fatto proprio di costoro compiuto nella loro qualità o altrimenti nelle forme di giuramento sulla notizia del fatto, che essi (rappresentanti) possano avere nella loro qualità.

Può esser deferito su fatti giuridicamente qualificati (es. « nego di aver ricevuto a mutuo . . . » oppure « affermo di aver ricevuto in pagamento »), quando non si faccia questione fra le parti delle qualifiche o delle conseguenze, ma solo della sussistenza di quei fatti (di cui sarebbero, in ipotesi, « pacifiche » le qualifiche o le conseguenze).

Il giuramento decisorio evidentemente è uno spediente, che si può ragionevolmente adottare nei casi, per così dire, disperati (quando facciano difetto veri e proprii mezzi di prova), oppure quando interessi abbreviare e semplificare il corso del processo (anche a costo di correre i relativi rischi), per non aggravare il cumulo delle spese con più difficili istruttorie, o quando si sia certi, se non precisamente della rettitudine dell'altra parte, almeno del suo timore di conseguenze penali.

Per la procedura e per varii altri particolari delle discipline sul giuramento, rinviamo agli artt. 1368 e seg. cod. civ. e 220 e seg. cod. proc. civile.

§ 29. — *Le funzioni del giudice rispetto alla istruttoria ed al merito. Provvedimenti sulle spese e sui danni.*

LE FUNZIONI delle parti nella formazione della convin-
262 zione del giudice circa il merito, ci sembrano così sufficientemente illustrate, attraverso le regole sull'onere della prova, sulla confessione delle parti, sui mezzi di prova e sul giuramento.

Le funzioni del giudice, a loro volta, ci sembra che risultino per implicito, in quanto complementari a quelle delle parti, sia nel prestare i proprii poteri stromentali per la esecuzione di prove semplici, dopo averle giudicate all'uopo ammissibili e concludenti (o per la prestazione del giuramento decisorio che sia stato deferito), sia nel procedere coi proprii mezzi intellettuali all'esame e alla valutazione delle loro risultanze e nel ricollegarle agli elementi di diritto, onde giungere logicamente ad una conclusione sui provvedimenti positivi o negativi da emettere.

La pronuncia finale di merito, consiste nella emanazione di tali provvedimenti, e costituisce, da parte del giudice, atto di volontà (nel senso in cui può parlarsi di volontà nell'esercizio di pubbliche funzioni), destinato ad operare fuori del processo nel mondo dei rapporti giuridici sostanziali (parte generale, n. 34 e segg.; 46 e segg.; 85 ecc.), atto di volontà, di cui la elaborazione intellettuale o logica precedente rappresenta il modo di determinazione, e di cui la pronuncia deve dare ragione nei « motivi », che la corredano.

La forma del provvedimento finale non può essere se non quella della sentenza, non senza escludere però (ricordiamolo sempre) che la pronuncia sostanziale si debba talvolta raccogliere od estrarre e ricostruire ad unità, dal contenuto di più sentenze (v. sopra n. 223, in fine, e più oltre, il capitolo seguente, in fine).

LE SPESE processuali, dovrebbero essere infine materia
263 di provvedimenti accessorii del giudice in ogni sua pro-

nuncia. E possono esserlo anche i danni ed eventualmente le altre conseguenze, che abbia avuto per le parti il processo come fatto (parte generale, n. 94 e v. sopra, n. 152).

Anche su questo tema crediamo basteranno pochi accenni.

Quanto ai danni (da « lite temeraria », n. 94 cit.), è certamente indispensabile, intanto, la domanda della parte interessata (danneggiata). Questa, in fondo, è una domanda di merito, cioè esercizio di una azione, sebbene nata dal fatto stesso del processo. Quest'ultima circostanza porta come conseguenza, che la relativa domanda possa esser proposta anche durante il corso del processo medesimo (quando, e a mano a mano che i danni stessi si verifichino), salvo che nella fase di cassazione, dove tuttavia ne è ammessa la riserva (art. 541 u. c.). È dubitabile (sempre e soltanto per il processo ordinario di cognizione), se possa esser proposta « in separata sede ». Ma, per il resto, è soggetta al regime ordinario, è soggetta cioè ad eventuali eccezioni, importa onere di allegazione e anche di prova (sia circa la malafede o la colpa grave, se già non risultino dagli atti, sia sulla sussistenza del danno), rispettivamente per chi la propone e per chi eccepisce.

In ordine alle spese invece, il codice di procedura dispone, che il giudice deve provvedere anche se non ci sia domanda espressa (art. 370 al.), come di una conseguenza automatica e indeclinabile. Non si può dire pertanto, che vi sia da questo punto di vista onere di allegazione e di prova. Ci può essere tuttavia interesse a discuterne. E siccome il provvedimento è impugnabile, quando una parte voglia impugnarlo, allora ha senza dubbio a proprio carico l'onere della proposizione della impugnativa e delle relative allegazioni. Non ci può essere onere di prova, fin che si tratta di determinare a chi debbano far carico le spese, perchè ciò deve risultare dagli atti del processo e dalla decisione.

Su questo punto dispone infatti l'art. 370, che il giudice deve condannare la parte o le parti soccombenti a favore delle parti vittoriose o vincitrici. Ora il giudice che decide della causa, non può ignorare a favore di chi decide e contro chi.

Lo stesso art. 370 tempera però il rigore della regola, avvertendo che le spese possono essere « compensate » in tutto o in parte per « giusti motivi ». Con la espressione « compensare » (il cui significato processuale è dunque ben diverso da quello del codice civile) si allude alla facoltà del giudice di disporre, che ciascuna delle parti sopporti in tutto o in parte le proprie spese (senza diritto a farsele rifondere o rimborsare dall'altra parte). I « giusti motivi » di compensazione, in questo senso, possono derivare (e non c'era bisogno di dirlo) dalla circostanza, che ciascuna delle parti sia parzialmente vittoriosa e parzialmente soccombente nel proprio assunto. Possono derivare, secondo noi, dei « giusti motivi » anche dal fatto che una parte, sebbene in definitiva vincitrice o vittoriosa, abbia inutilmente reso più complicato e più costoso il corso del processo, con questioni particolari inutili od infondate, con mezzi istruttorii orali che avrebbe potuto evitare (producendo per esempio dei documenti), col fatto di non aver detto la verità rispondendo ad un interrogatorio ecc.. Non riteniamo che possano esser assunte come « giusti motivi » le difficoltà delle questioni insorte, nè la convinzione (sebbene empiricamente giustificabile) di una parte di aver ragione, là dove in definitiva il giudice le dia torto. Però la giurisprudenza su questo punto oscilla.

La legge, nelle sue disposizioni, sembra riferirsi esclusivamente alla decisione del merito. Non si occupa particolarmente nè della ipotesi che il giudice debba declinare di decidere, nè del fenomeno del frazionamento del processo in fasi distinte (salvo che per quanto riguarda la fase di cassazione, per la quale dà disposizioni espresse: art. 541 e 542 cod. proc. civ.).

Quando il giudice declini di decidere del merito, riteniamo che, secondo lo spirito dei criterii sopra accennati, debba condannare « nelle spese » la parte che ha la responsabilità di aver male costituito il processo, salva la possibilità di una compensazione, almeno parziale, quando all'altra parte si possa far carico di aver sollevate tardivamente delle eccezioni pregiudiziali, che avrebbe potuto sollevare anche prima.

Quanto alla distinzione delle fasi, si ritiene da tutti, che per ciascuna fase che si chiuda con sentenza, il giudice possa o forse debba dare disposizioni sulle relative spese. E può condannare una parte (che l'abbia promossa) a favor dell'altra, quando la fase risulti inutile o « defatigatoria »; può anche in questo caso compensare; può « rimettere le spese al definitivo » tutte le volte che il processo debba avere un seguito e non si possa ancora sapere chi in definitiva uscirà vittorioso o soccombente.

Può essere che la necessità di qualche fase (o di determinati atti) sorga da un errore del giudice, ma in massima si deve ritenere che, in definitiva, la parte soccombente debba sopportare anche le spese determinate dall'errore del giudice (e in questo senso si suol dire, in pratica, che, all'effetto delle spese, l'errore del giudice si considera come errore della parte).

Dall'art. 517, n. 6 del codice di procedura, in relazione all'art. 370 u. c., risulta, che se il giudice ometta di pronunciare sulle spese, questo non è motivo di cassazione, ma può chiedersi a lui medesimo, che provveda con una successiva sentenza, quasi come codicillo della precedente.

Per i processi con pluralità di parti, dispone l'art. 371 che: « quando le parti soccombenti siano più, le spese si ri- « partiscono tra esse per capi, o in ragione del loro interesse « nella controversia. Se le parti siano condannate per obbliga- « zione solidale, ciascuna può essere dichiarata tenuta alle « spese solidamente. Se la sentenza non abbia stabilito sulla « ripartizione delle spese, questa si fa per capi ».

Per la eventuale condanna (in proprio) di amministratori o di rappresentanti alle spese, v. sopra il n. 200 (art. 372 del codice).

Per qualche altro dettaglio rinviamo al codice, con avvertenza che sono stati abrogati dalle leggi speciali più sopra ricordate, l'art. 375 ultima parte e l'art. 377.

SULLA LIQUIDAZIONE (in cifra) delle spese soggette a rimbor-
264 so, dispone l'art. 59 del r. d. 27 novembre '33 (il quale ha modificato in questo il codice di procedura), che la liquidazione deve esser fatta sulla « nota », che i procuratori devono

allegare agli atti di causa. E qui ci può essere per le parti, oltre all'onere di allegazione (in questa forma), onere di prova, per quelle spese il cui ammontare non risulti dagli atti. La « nota » può essere oggetto di contestazione delle altre parti.

Però il giudice, quando condanni, deve liquidare egualmente, anche se non sia allegata la nota. A ciò provvederà sull'esame degli atti, ma condannando il procuratore negligente (in proprio) ad una specie di penalità pecuniaria (art. 59 cit.). I « diritti », cioè i compensi dei procuratori, devono esser liquidati in base alla tariffa (sopra n. 208). Gli onorarii di avvocato (sempre in quanto posti a carico della parte condannata) sono considerati come spese e vanno liquidati in base ai criterii sindacali di cui alla legge 22 gennaio '34 n. 36, salvo che il giudice per la semplicità della causa o per la sua scarsa entità, ritenga non dovuto il rimborso di onorarii.

LA « DISTRAZIONE » a favore dei procuratori e degli av-
265 vocati, è finalmente un fenomeno singolarissimo, che la legge espressamente introduce, in materia di spese.

Normalmente la parte soccombente deve esser condannata nelle spese a favore dell'altra (personalmente), perchè si suppone che questa le abbia sopportate, provvedendo del proprio (o avendo assunto l'obbligo di provvedere in seguito) anche a retribuire procuratori e avvocati, che abbiano prestato per lei il proprio ministero o l'opera propria. Però l'art. 2 del r. d. 28 ottobre 1918, sostituito all'art. 373 cod. proc. civ., dispone che i procuratori possono domandare, che la condanna delle parti soccombenti al pagamento delle spese sia pronunziata a loro favore, per quella parte che dichiareranno di aver anticipato.

In questo modo e a questo effetto, il procuratore o l'avvocato prendono posizione di parte in propio nel processo, anche in contrasto con quella parte della causa principale, per la quale hanno compiute le proprie prestazioni. Tanto è vero, che la parte a sua volta può opporsi alla loro pretesa. Dispone l'art. 374 che, sino a che le spese non siano state pagate al procuratore istante, la parte può fare opposizione

con atto d'usciere da notificarsi all'altra parte, e in questo caso l'importare delle spese è depositato nella cancelleria finchè l'opposizione non sia risoluta.

L'opposizione può farsi dalla parte senza ministero di procuratore.

Coerentemente è da ritenersi, che i provvedimenti in materia di « distrazione », dati con sentenza impugnabile, possano essere impugnati dal procuratore o dall'avvocato, sempre in proprio.

§ 30. — *Il regime della contumacia.*

266 L'INERZIA O LA ASSENZA delle parti nel corso del processo (la pratica parla qualche volta anche di « carenza delle parti »), è un accidente, del quale genericamente abbiamo già fatto cenno, sia in relazione all'esercizio dell'impulso processuale e alle sue conseguenze, sia in ordine alla determinazione del contenuto della decisione.

Ma c'è un caso di assenza e di inerzia, per così dire, radicale, di cui la legge si preoccupa in modo particolare, introducendo in proposito una serie di regole legali, e su questo pertanto dobbiamo brevemente tornare. È il caso, in cui la assenza si verifichi in una di quelle fasi del processo, che si iniziano formalmente con un atto di citazione, e si verifichi fino dal momento in cui dovrebbe avvenire la formalità della « costituzione in giudizio » (sopra n. 207, 210 ecc.). Questo caso di assenza o di inerzia prende nome di « contumacia ». È « contumace » precisamente la parte, che non compia questa formalità della costituzione, là dove questa è necessaria per svolgere qualunque altra ulteriore attività in quella data fase del procedimento.

È dubbio però, secondo l'andazzo attuale della giurisprudenza, quali effetti produca la radicale inerzia di tutte quante le parti dopo la citazione iniziale, introduttiva del processo, quando cioè nessuna di esse si costituisca neanche nella prima fase.

Secondo noi dovrebbe discendere dal sistema della legge, così e come attualmente vigente, che, se nella fase iniziale del giudizio in primo grado, nessuno si costituisce, decorre semplicemente il termine della perenzione, perchè il processo è già pendente, secondo noi, dal momento della notificazione della citazione (sopra, n. 210 cit.). Per conseguenza, prima che la perenzione si sia compiuta, ciascuna delle parti, secondo noi, può (o dovrebbe potere) riattivare il procedimento o « riassumere l'istanza », come si dice in pratica (estendendo l'impiego della terminologia, che la legge usa nel caso di interruzione : v. sopra, n. 220 segg.). S'intende che, non essendovi stata costituzione, la riassunzione non può farsi, se non nelle forme di una nuova citazione. Ma questa potrà esser fatta, secondo noi, anche dal convenuto originario contro l'attore. Ed in ogni caso il suo contenuto potrà limitarsi alla chiamata in giudizio, all'effetto che il giudice decida della domanda, così e come già precedentemente proposta con l'atto di citazione originario. E in questo caso, tutti gli effetti delle pronuncie finali dovrebbero risalire alla data di quella prima citazione, dalla quale il processo è nato.

Una certa giurisprudenza recente, ritenendo invece che il momento della costituzione del processo o, come essa suol dire, del rapporto giuridico processuale, si debba spostare al momento della costituzione in giudizio, quando, cioè, a suo dire, viene concretamente investito del processo anche il giudice, inclina a ritenere che, se nessuna delle parti si costituisca, la citazione introduttiva perde senz'altro la sua efficacia processuale. In questo senso sembra essere per verità la dizione letterale dell'art. 440 al. per il procedimento davanti ai pretori o conciliatori; ma in un codice come il nostro, in cui spesseggiano le imperfezioni tecniche, non crediamo che la dizione letterale abbia importanza decisiva per la interpretazione, quando non si armonizzi col sistema; ben diversa comunque è la argomentazione letterale che si può trarre dall'art. 380 capov., in materia di procedimenti davanti ai tribunali. Lo stesso problema si presenterebbe poi in quelle fasi di impugnativa delle sentenze,

che si iniziano a loro volta nelle forme dell'atto di citazione. E si presenterebbe anzi con maggiore gravità, perchè qui dal modo in cui si risolve il punto, se l'atto introduttivo perde efficacia o se decorra viceversa la perenzione, verrebbe a dipendere la soluzione del punto, se la sentenza impugnata passi formalmente in giudicato per decorso di termini o se il termine rimanga interrotto fino al verificarsi della perenzione. Secondo noi, naturalmente, la soluzione conforme all'attuale sistema è la seconda (e in questo senso sono gli artt. 480, 489 capov. e 51 del reg. sul rito sommario). Ma in questo senso è concorde anche l'opinione comune.

Quando invece soltanto una o qualcuna delle parti rimanga radicalmente assente, ma ce ne sia almeno un'altra che si costituisce per promuovere lo svolgimento del processo, non c'è dubbio che il processo possa « camminare » e che si debba parlare di « contumacia » soltanto della parte non costituita. Però le regole applicabili sono parzialmente diverse, secondo che la parte contumace abbia processualmente la posizione di attrice o di convenuta (nella fase di cui si tratta), e secondo che ciò avvenga nella fase iniziale del processo o in una fase di impugnativa.

267 La contumacia dell'attore nella fase iniziale di primo grado (dove anche processualmente attore non può essere se non chi propone la domanda, e cioè esercita l'azione in senso sostanziale) pone il convenuto in questa situazione: di poter esercitare per parte sua l'impulso processuale (sopra, n. 210) allo scopo di chiedere, a sua scelta, o che il giudizio prosegua per la decisione del merito oppure che il giudice lo assolva « dalla osservanza del giudizio » (art. 318 al. cod. proc. civ.).

Nel primo caso egli si trova, almeno per il momento, in una posizione particolarmente favorevole, perchè l'attore contumace evidentemente non può assolvere l'onere di prova che gli incombe (v. sopra, n. 236), onde di solito il convenuto potrà chiedere, per ciò solo, la assoluzione in merito. E se questa venga pronunciata, e la sentenza passi formalmente in giudicato, il rigetto assumerà autorità definitiva di

cosa giudicata, come se la domanda fosse veramente ed intrinsecamente infondata Però, se prosegue il giudizio per il merito, il convenuto deve prevedere la possibilità, che l'attore compaia tardivamente (v. sotto, n. 270) oppure che impugni la sentenza, nel qual caso esso potrà ancora provvedere alla propria difesa ed eventualmente invertire le sorti del giudizio.

Se poi il convenuto, comparendo, non chieda l'assoluzione, perchè l'attore non prova, ma proponga viceversa delle eccezioni che implicitamente dispensino l'attore dall'onere della prova (per esempio, se, citato per la condanna ad un pagamento, comparendo eccepisca: « ho pagato »), allora conserva a proprio carico l'onere della prova del fondamento della sua eccezione, e se non prova soccombe (sopra, n. 237), anche in contumacia dell'attore.

Nel caso in cui il convenuto preferisca chiedere l'assoluzione dalla osservanza del giudizio, il giudice non può più entrare in merito, e deve pronunciare una sentenza, con cui dichiara estinto il procedimento, ma restando impregiudicato il merito stesso, e cioè restando salva per l'attore la possibilità di riproporre da capo la sua domanda (e salve ben si intende al convenuto le eventuali eccezioni). Si ha in altri termini lo stesso effetto, che si avrebbe per perenzione estintiva o per rinuncia agli atti di tutto il processo (sopra, nn. 214 e 217).

La sentenza che assolve dalla osservanza del giudizio, potrà essere impugnata per vizii processuali o di forma, ma l'attore, rimasto contumace, non può impugnarla, secondo noi, per chiedere, che sia deciso il merito.

Queste regole subiscono qualche deformazione, quando ci sia pluralità di parti in giudizio (ambiguo l'art. 384 capov., onde bisogna ragionare in base ai principii). Se l'azione sia unica (sopra, n. 155 e segg.), non è possibile l'assoluzione dalla osservanza del giudizio di un convenuto, se una qualsiasi delle altre parti promuova lo svolgimento del processo per la decisione del merito. Se si tratti di cause riunite, sarà possibi invece che per qualcuna abbia luogo l'assoluzione dalla osservanza, mentre le altre proseguono per il merito, scin-

dendo le cause (sopra, n. 157, 158). Se tutte le cause proseguono per il merito, il giudice dovrà tener conto della attività processuale di tutte per formare la propria convinzione, ciò che eventualmente può giovare anche all'attore contumace.

Ci può essere intervento in causa adesivo di qualcuno per favorire, nel proprio interesse, la vittoria dell'attore (sebbene rimasto inerte) oppure del convenuto. Dubitiamo se questo possa togliere al convenuto stesso di chiedere l'assoluzione dalla osservanza e (come regola) pensiamo piuttosto di no. Ma se il processo prosegua per il merito, l'intervenuto potrà spiegare la sua attività processuale; e se questa sia a favore dell'attore, potrà assumere praticamente effetto e valore sostitutivo.

NELLE FASI DI IMPUGNATIVA, che si iniziano con un atto
268 di citazione, il trattamento fatto a chi sia proceduralmente attore nelle fasi medesime, è però ben diverso. Proceduralmente attore a questi effetti è colui che propone l'impugnativa, e che cita a questi effetti la controparte davanti al giudice della medesima. Ma nulla esclude che costui sia sostanzialmente un convenuto e che nella fase precedente avesse posizione anche processuale di convenuto (rimasto soccombente). Così, per esempio, se il convenuto originario (nella fase di primo grado) sia condannato, sarà lui ad appellare. E allora, come appellante, assume posizione processuale di attore davanti al giudice dell'appello, sebbene sostanzialmente (e ciò, per es. agli effetti dell'onere della prova, delle eccezioni proponibili ecc.) resti un convenuto (cfr. per questo fenomeno, sopra, n. 154).

Tanto per le fasi di appello che per quelle di opposizione contumaciale (caso del convenuto contumace soccombente che propone l'opposizione), se l'appellante o l'opponente non si costituisca (rimanga contumace), qualunque altra parte può chiedere, per questo solo fatto, il rigetto della impugnativa («senza esame»), come se per effetto della mancata costituzione sia venuta meno una condizione di procedibilità dell'impugnativa. E la sentenza impugnata passa con ciò

formalmente in giudicato (cioè diventa irrevocabile): artt. 480 e 489 cod. proc. civ.; 51 del reg. rito sommario.

La stessa disposizione non si trova a proposito di revocazione. Ma ci sembra si debba giungere praticamente allo stesso risultato, per la natura stessa di questa impugnativa (su di che v. il capitolo seguente).

Non altrettanto si può dire per la opposizione di terzo, perchè rappresenta l'esercizio di una azione del terzo, che egli esercita per la prima volta in questa sede (v., sopra, n. 152 e v., del resto, il capitolo seguente).

Dubbii ci sono per la fase di rinvio dalla cassazione. La legge non contiene disposizioni espresse. Processualmente, attore nel giudizio di rinvio è quella (qualunque) parte che si rende «diligente» nel promuoverlo. Però qui la fase di rinvio si sostituisce in qualche modo alla fase di appello, che ha dato luogo alla sentenza cassata. Qualcuno pensa per ciò, che qualunque sia la parte che «si rende diligente», si riproduca in questa fase la situazione di quella precedente di appello, cosicchè la parte o le parti appellanti e rispettivamente appellate in quella fase, debbano riprendere anche nel giudizio di rinvio questa stessa posizione. Di qui si deduce da qualcuno, che, se la parte che nella fase precedente era appellante non si costituisce nel giudizio di rinvio, le altre possono chiedere il rigetto dell'appello «senza esame», come se si fosse ancora nella fase di appello originaria. La cosa ci sembra più che dubbia.

Davanti alla corte di cassazione non ci può essere contumacia, perchè non è richiesta la costituzione nè altre attività processuali dopo la proposizione del ricorso.

E anche quando avvenga, che dalle fasi di appello o da quelle di rinvio le parti debbano per così dire ridiscendere davanti al giudice di primo grado, contumacia di regola non ci può essere, perchè conserva i suoi effetti la costituzione originaria (sopra, n. 207).

LA CONTUMACIA DEL CONVENUTO, quando l'attore (o
269 un'altra parte qualsiasi) promuova lo svolgimento del processo, presenta dei problemi più delicati.

Qui ci può anche essere il dubbio che il convenuto abbia ignorata di fatto la citazione (per esempio, perchè in realtà non notificata o male notificata o per altro accidente). Può anche essere, che il convenuto non sia comparso perchè la citazione era nulla. È giusto che la legge se ne preoccupi, ed in questo senso bene dispone l'art. 192 capov. che: « quando « la parte, che avrebbe diritto di opporre la nullità, sia con- « tumace, la nullità deve essere pronunziata d'ufficio ».

Si capisce anche, e per le stesse ragioni, come la legge abbia pensato di concedere al convenuto (al quale la citazione non sia stata notificata con consegna « a mani sue proprie ») un mezzo di impugnativa contro la sentenza pronunciata in sua contumacia, e che si chiama « opposizione contumaciale » (artt. 474 e segg.). Meno si capisce invece il regime adottato, nei suoi dettagli. Intanto l'attore può prevenire fin dall'origine la proponibilità di questo mezzo e precluderlo, facendo rinnovare la citazione (artt. 382 e 474 cod. civ.). Ora è vero, che con la rinnovazione diminuiscono le probabilità che la citazione non giunga al convenuto, ma se la seconda è fatta nello stesso modo della prima, si può anche pensare, che il risultato non sia migliore. Qui la legge pecca forse per difetto, nella tutela del convenuto. Ma pecca in senso opposto, con inesplicabile e perniciosissimo eccesso, quando (nella ipotesi che la citazione non sia stata nè notificata a mani proprie, nè rinnovata) la legge concede senz'altro al convenuto la opposizione, senza fargli carico di dimostrare, in un modo qualunque, di non aver ricevuto la citazione o che questa era nulla, anzi gli concede l'opposizione anche quando risulti a luce meridiana, che la citazione era perfettamente valida e gli è regolarmente pervenuta in tempo utile.

Forse la legge si è ispirata al criterio di dare delle regole formali in questa materia e di evitare delle indagini di fatto (conoscenza, ignoranza ecc.), estranee al tenore degli atti processuali. Ma non c'è dubbio, che il risultato è assurdo.

La opposizione contumaciale è un mezzo, col quale il convenuto riapre senz'altro la trattazione della causa, nella fase che ha dato luogo alla sentenza impugnata, onde rifare

nel suo effettivo contraddittorio quel cammino, che si era già fatto in sua contumacia.

Ne riparleremo brevemente nel capitolo successivo, dedicato ai mezzi di impugnativa.

Quando vi siano più convenuti contumaci, la legge ha voluto evitare che qualcuno di essi possa proporre l'opposizione contumaciale contro la sentenza ed altri no. A questo tende la disposizione dell'art. 382 capov., secondo la quale, se tra due o più convenuti alcuno sia stato citato in persona propria e comparisca, e alcuno, non citato in persona propria, non comparisca, l'attore, se non rinunci all'effetto della citazione contro il non comparso, deve farlo citare nuovamente.

A parte questi problemi — bene o male risolti dalla legge — e che sorgono dal dubbio sulla effettività della chiamata in giudizio, restava poi da determinare, se e come fossero modificate dal fenomeno della contumacia del convenuto le funzioni delle parti, rispetto alla formazione del contenuto della pronuncia del giudice. Il problema si riduceva e si riduce, in sostanza, a questi termini: il convenuto contumace si deve intendere, che virtualmente contesti oppure che virtualmente od implicitamente ammetta la procedibilità dell'istanza, la proponibilità e il fondamento della domanda proposta contro di lui? E, in ipotesi, si deve ritenere che ammetta i fatti (salvo il compito del giudice in diritto) o riconosca addirittura, che la domanda deve senz'altro essere accolta nelle sue conclusioni (nel senso di cui sopra al. n. 218, in fine)?

La nostra legge risolve il problema nel primo senso (a quanto comunemente si ritiene, dal testo dell'art. 384), e qui non per il dubbio che il convenuto ignori il giudizio, ma perchè essa dà questo significato anche al contegno del convenuto, che indubbiamente « sa » (convenuto citato a mani proprie od al quale sia stata rinnovata la citazione).

Conseguenze:

il giudice deve rilevare, anche in contumacia del convenuto, le eccezioni di improcedibilità, semprechè però non richiedano una conclusione espressa del convenuto mede-

simo (quindi non, per es., la incompetenza territoriale), perchè in questo caso la conclusione necessaria non c'è;

non può provvedere per ordinanza, dove la legge richieda a questi effetti l'accordo delle parti;

l'attore conserva l'onere di allegare in modo specifico e provare i fatti, da cui eventualmente dipenda la proponibilità della domanda (in senso sostanziale) e quelli, che pone a fondamento della domanda medesima nel merito (come se il convenuto fosse comparso e li avesse contestati);

il giudice deve esercitare normalmente le sue funzioni nell'esame della proponibilità e del fondamento, circa il fatto e circa il diritto; deve rilevare anche d'ufficio dagli atti e dalle prove dell'attore, se risultino eccezioni di merito, che non richiedano conclusioni espresse del convenuto (quindi non, per es., l'eccezione di prescrizione).

Quando ci sia pluralità di parti, anche se si tratti di più cause connesse, il giudice deve tener conto delle risultanze delle attività processuali delle altre parti, anche a favore del convenuto contumace, quando si tratti di punti comuni, e rispetto ai quali la attività di tutte può concorrere a formare la sua convinzione, unica per tutti (sopra n. 158). È ammesso l'intervento adesivo anche per coadiuvare un convenuto contumace, nel qual caso l'attività processuale dell'intervenuto acquista praticamente valore e funzione sostitutiva di quella del convenuto inerte.

Non ci sono regole particolari per la contumacia di chi abbia posizione processuale di convenuto in una fase di impugnativa, che si inizii con atto di citazione. Si applicheranno le regole precedenti in quanto applicabili, ma tenendo sempre presente (come è nella natura delle cose), che per quanto alla proponibilità di eccezioni o di repliche, all'onere della prova ecc. ecc., bisogna sempre guardare alla posizione sostanziale (cioè alla posizione rispetto alla azione in senso sostanziale) e non a quella processuale (che può essere in senso inverso: v. sopra, n. 154, in fine). Solo per la fase di rinvio, ci può essere sulla posizione processuale il dubbio già accennato sopra, parlando della contumacia dell'attore (n. 268).

Niente contumacia, per le ragioni già dette allora, in cassazione, e neppure (almeno di regola) nel caso di ripresentazione delle parti al giudice di primo grado (n. 268 cit.).

270 REGOLE COMUNI al regime della contumacia dell'attore e del convenuto, si hanno specialmente in materia di forme e soprattutto di notificazione degli atti del processo.

Innanzitutto è ammessa la possibilità della «comparizione tardiva».

Tutte le volte che il processo prosegua per impulso altrui, la parte originariamente contumace può comparire anche successivamente, in qualunque momento, «sino alla sentenza definitiva», dice l'art. 386, ed evidentemente bisogna intendere: sino alla pronuncia della sentenza, in quella fase in cui la contumacia si è verificata. Da questo articolo, anche in relazione ad altre disposizioni (artt. 232 reg. gen. giud. e 49 reg. rito sommario), si deduce, che la comparizione è ammessa anche dopo che la causa sia stata trattata e il giudice si accinga a deliberare. Il che significa, che, in questo caso, la trattazione viene riaperta e, più o meno, si ricomincia da capo. Questa facoltà è data sciaguratamente, senza distinzioni nè limitazioni, all'attore come al convenuto, anche se citato a mani proprie e anche se la citazione sia stata rinnovata. E se i convenuti siano più, è data a ciascuno di essi, onde lo scandalo (inevitabile di fronte a queste disposizioni) di fasi di processo che vengono due, tre, *n* volte riaperte.

Naturalmente, se una parte comparisca soltanto in una fase successiva del processo, dopo che qualche fase precedente si sia conclusa con sentenza divenuta irrevocabile (non più impugnabile), questa ha effetto anche per lei. Similmente ha effetto a carico del contumace, che comparisca tardivamente, la scadenza di termini perentorii, che sia avvenuta prima della sua comparizione. Però in qualunque fase o momento comparisca, può disconoscere la sua sottoscrizione o il suo carattere in scritture private, prodotte contro di lui (art. 386 cit.).

Siccome nella esecuzione delle prove orali, anche davanti

ai tribunali e alle corti, le parti possono intervenire personalmente (sopra n. 242), si ritiene che lo possano fare anche se contumaci e continuando poi a rimanere legalmente contumaci nelle fasi successive, davanti allo stesso giudice, con la possibilità di comparizione tardiva e di eventuale opposizione contumaciale contro la sentenza. Il colmo.

Di regola gli atti processuali soggetti a comunicazione o notificazione nel corso di una fase del processo, sono comunicati o notificati al contumace per affissione alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria (art. 385 capov.). Però devono essergli notificate personalmente le domande riconvenzionali ed in genere ogni variazione della domanda di merito (anche dello stesso attore) e ogni domanda nuova anche di terzi intervenuti (artt. 383 capov. e 387 capov.). Devono essergli notificate infine le sentenze, che non abbiano contenuto semplicemente istruttorio, anzi sono prescritte per la loro notificazione delle particolari cautele (artt. 385 pen. capov. e 408).

La parte comparsa, che vuol seguire queste forme, deve « chiedere atto » della non comparizione del contumace in corso di processo, e chiedere che sia dichiarata la contumacia nella sentenza.

Anche questa materia dovrà essere oggetto di radicale revisione nelle eventuali riforme processuali.

Capitolo VI.

DEI SINGOLI MEZZI DI IMPUGNATIVA E DELLE RELATIVE FUNZIONI DELLE PARTI E DEL GIUDICE. COORDINAMENTO DELLE SENTENZE

Sommario: § 31. Regole comuni ai vari mezzi di impugnativa. Coordinamento di più impugnative contro una stessa sentenza. — § 32. Dell'appello e del ricorso per cassazione. — § 33. Opposizione contumaciale, revocazione, opposizione di terzi. — § 34. Concorso di più sentenze nella formazione del titolo esecutivo e della pronuncia finale.

§ 31. — *Regole comuni ai varii mezzi di impugnativa. Coordinamento di più impugnative contro una stessa sentenza.*

I mezzi di impugnativa delle sentenze meritano qualche
271 ulteriore considerazione a complemento degli sparsi accenni che vi abbiamo dedicati qua e là (cfr. nn. 191 e seg. nn. 211 e segg. ecc.), anche per ciò che riguarda l'intreccio delle varie fasi, la chiusura del processo e la formazione della pronuncia finale (nn. 212, 223 ecc.).

La legge chiama mezzi « ordinarii » l'opposizione contumaciale e l'appello e « straordinarii » gli altri (art. 465); e sembra si sia ispirata nella distinzione a questo criterio: che i primi due, quando siano efficacemente e validamente proposti, riaprono senz'altro la trattazione e l'istruzione della causa (in tutto o in parte, secondo il tenore della sentenza impugnata e dell'atto di impugnazione) e il giudice della impugnativa decide soltanto dopo questa ulteriore trattazione della causa, « confermando » o « riforman-

do» la precedente sentenza. La esecuzione delle sentenze impugnabili con questi mezzi, di regola è sospesa in pendenza del termine per proporli e poi in pendenza della fase di impugnativa, se questa venga proposta (artt. 475 e 482 cod. proc. civ.), salvo che sia stata concessa l'esecuzione provvisoria. Questa può esser concessa dal giudice con clausola espressa (della sentenza da eseguirsi), nei casi e nei modi di cui agli artt. 363 e 364 (cause civili) e 409 (cause commerciali).

Al quale effetto, la legge considera alla stessa stregua tanto il servirsi di una sentenza di condanna (ancora impugnabile) per promuovere una separata procedura di esecuzione forzata (parte generale n. 94), quanto anche il promuovere la prosecuzione dello stesso procedimento di cognizione in seguito ad una interlocutoria, per arrivare (attraverso l'attuazione o l'applicazione della interlocutoria medesima) ad una decisione definitiva (v. sopra, n. 211 ecc.).

La concessione della esecuzione provvisoria è esclusa invece per la condanna nelle spese (art. 364) e in qualche altro caso particolare, in cui l'esecuzione avrebbe conseguenze irreparabili (es.: art. 309, art. 561 ecc. cod. proc. civ.).

Con queste disposizioni sulla sospensione (come regola) e rispettivamente sull'esecuzione provvisoria (come eccezione), sembra quasi che la legge muova dall'idea, che sulla trattazione già avvenuta (e quindi sulla sentenza che ne è risultata), aleggi il dubbio od il sospetto di possibili imperfezioni, fino a che le parti stesse non abbiano dimostrato di ritenerla soddisfacente, astenendosi dall'impugnarla.

I mezzi straordinarii, invece, hanno piuttosto il carattere di una impugnativa tendente all'annullamento o alla revocazione della sentenza pronunciata, per vizii di procedura o di contenuto, onde in primo tempo aprono la via soltanto all'esame di questo punto. E soltanto in un secondo tempo, logicamente o anche cronologicamente distinto, e, cioè, a seguito dell'annullamento o della rescissione della sentenza precedente, aprono, se del caso, la via ad una nuova trattazione della causa (in tutto od in parte). Essi non sospendono l'esecuzione (artt. 503, 514 e 520), quasi che in

questo caso la sentenza precedente debba presumersi immune da vizii, fino ad un diverso esito dell'impugnativa.

Così distingue la legge. Ma, se volessimo guardare alla normalità ... statistica del loro impiego, allora dovremmo dire, che mezzi di impugnativa veramente normali (e in questo senso ordinarii) sono l'appello e il ricorso per cassazione. L'opposizione contumaciale, ammessa soltanto in vista di una certa anormalità di sviluppo della fase che ha messo capo alla sentenza impugnata, è già di impiego praticamente raro. La revocazione ha addirittura carattere eccezionale, anzi eccezionalissimo. L'opposizione di terzo, finalmente, non è neanche un vero e proprio mezzo di impugnativa come gli altri, ma piuttosto una forma processuale di esercizio di una azione autonoma di un terzo (sopra, n. 162).

Tutti i mezzi di impugnativa sono più o meno soggetti ad alcune regole comuni.

272 REGOLA COMUNE è, che la sentenza possa esser impugnata soltanto da una parte, che sia stata soccombente rispetto ad una propria domanda o ad una propria eccezione (sia di rito che di merito, sia in tema di proponibilità che di fondamento dell'azione o dell'eccezione). La pratica parla, al solito, di difetto di interesse ad impugnare una sentenza favorevole (secondo i concetti di interesse e di funzioni processuali, di cui sopra al n. 223, al n. 232 ecc., in fine) e ciò sembra sostanzialmente esatto.

Può anche essere, che ciascuna delle parti sia in parte vincitrice e in parte soccombente rispetto allo stesso oggetto (come avverrà se l'attore chiede 100 e il giudice condanni il convenuto a 50). Ambedue, in tal caso, possono impugnare la sentenza.

Può essere infine, che una parte sia soccombente in questioni di carattere pregiudiziale (es. pregiudiziali «di rito»; v. sopra n. 228 e segg.) e vittoriosa su altre questioni (ad es. nel merito). In questo caso può indubbiamente impugnare la sentenza la parte, che è soccombente nella questione di fondo. Ma può aver ragione di impugnarla anche

l'altra, soccombente sulle pregiudiziali. In questi casi l'interesse di ciascuna delle parti ad impugnare, può sorgere senz'altro dalla sua soccombenza (e allora ciascuna può prenderne senz'altro l'iniziativa incondizionatamente), oppure l'interesse di una può sorgere soltanto se l'altra a sua volta impugni (e allora l'impugnativa dell'una viene ad essere condizionata o subordinata a quella dell'altra). Vedremo poi fra un momento (n. 274), che cosa succede in caso di molteplicità di impugnative contro la stessa sentenza.

Naturalmente, la regola che presupposto della impugnativa è la soccombenza, non vale (a rigore) per l'opposizione di terzo, perchè non può dirsi soccombente chi processualmente non era parte. Bisogna, tuttavia, che il terzo abbia un interesse ad impugnare nel senso, che non può impugnare (legittimemente) la sentenza se non in quanto ne sia pregiudicato (sopra n. 162). Da questo pregiudizio sorge, ad esser più esatti, la sua legittimazione attiva ad agire in opposizione, legittimazione, di cui l'interesse non è che un elemento (con analogia a quanto detto sopra al n. 232).

Comuni (. . . fino ad un certo punto) a tutte le impugnative, sono poi le regole relative ai termini ed in genere alle eventuali preclusioni.

273 TERMINI LEGALI per impugnare ci sono per tutti i casi di impugnativa propriamente detta. Di solito, essi decorrono dalla formalità della notificazione della sentenza e sono perentorii (artt. 466 e 467 cod. proc. civ.).

Quando una sentenza sia impugnabile tanto con l'appello quanto con l'opposizione contumaciale, i termini decorrono simultaneamente (art. 467 capov.). La proposizione di uno dei due mezzi preclude l'altro (contro quella sentenza). Se la sentenza sia impugnabile invece con ricorso per cassazione, questo non si può proporre, se non sia scaduto quello per fare opposizione (art. 517 u. c.).

Che cosa avvenga poi, se la sentenza non venga notificata, è un problema già accennato più sopra al n. 210 e al n. 224.

Solo per eccezione alla regola, il termine per proporre la domanda in revocazione per certi determinati motivi (che vedremo) non decorre dalla notificazione, ma soltanto dal fatto sopravvenuto della scoperta di certi vizii, in qualunque tempo essa avvenga (art. 497 capov.). E quanto al termine per la opposizione di terzo o ha una decorrenza di questo tipo (art. 512) o non ha termini (art. 510). Una eccezione c'è anche per l'opposizione contumaciale all'art. 477.

La accettazione espressa o tacita della sentenza, aggiunge l'art. 465 u. c., « importa rinunzia al diritto di impugnarla » e meglio avrebbe detto, che preclude la impugnativa, come la preclude anche la rinuncia. Questo, si intende, rispetto alla parte accettante o rinunciante. Non la preclude certamente per le altre parti. E vedremo più avanti, che quando un'altra parte impugni la sentenza, ciò può riaprire la possibilità di impugnare o di interloquire sulla riforma o sull'annullamento, anche per la parte rinunciante.

L'accettazione tacita (o « acquiescenza », come la chiama la pratica) risulta da qualsiasi atto o fatto incompatibile col proposito di impugnare, e che, per il modo della sua manifestazione esteriore, sia destinato a venire a conoscenza delle altre parti, con significato rispetto a loro non equivoco. Normalmente, si considera come tale la volontaria esecuzione della sentenza, quando non sia coartata dalla minaccia di atti esecutivi altrui o da altre circostanze.

Con la preclusione dei mezzi di impugnativa, proponibili dentro termini perentorii dalla notificazione, la sentenza si considera «formalmente passata in giudicato», cioè divenuta irrevocabile a tutti gli effetti (v. sopra, n. 213). Ciò non può essere praticamente impedito dal fatto, che possano un giorno eventualmente esser proposte altre impugnative, a seguito della scoperta di vizii per ora ignoti e non rilevabili (revocazione), o possa esser proposta l'opposizione di terzo. Altrimenti, nessuna sentenza si potrebbe mai considerare come « stabilizzata ».

Avvertiamo però (e insistiamo affinchè non si imbroglino le idee per abusivi spostamenti di terminologia), che dai « pratici » qualche volta si dice «passata in giudicato» una sentenza non soggetta (o non più soggetta) a riforma in in via di opposizione contumaciale o di appello (sebbene

sia ancora eventualmente aperto l'adito alla cassazione). Così si dice, avendo riguardo agli effetti esecutivi (che in questo caso hanno luogo di diritto, e non sono sospesi: v. sopra, n. 271), cioè alla « esecutorietà » e non alla « irrevocabilità », le quali non vanno di pari passo. Terminologia da evitarsi.

274 MOLTEPLICITÀ DI IMPUGNATIVE dello stesso genere (appelli, opposizioni contumaciali, ricorsi per cassazione ecc.) possono esservi, come dicevamo più sopra, anche in una stessa causa con unico oggetto fra due parti soltanto, perchè ci sono delle situazioni, nelle quali l'una e l'altra possono avere interesse ad impugnare (sopra, n. 272).

La legge, con varie disposizioni, e la giurisprudenza, con attendibili estensioni ed analogie, tendono ad escludere, che le vicendevoli impugnative possano costituire materia di fasi diverse e distinte. Esse dovranno essere esaminate e trattate tutte insieme. A questo effetto serve specialmente la regola, che la notificazione della sentenza fa decorrere i termini anche per la parte notificante (art. 45 cod. proc. civ.); serve la applicazione per estensione delle regole sulla riunione delle cause continenti o connesse, pendenti davanti ad uno stesso giudice (v. sopra n. 153, artt. 31 e 50 del reg. sul rito somm.); servono le regole, che vedremo, sull'appello cosiddetto «incidente» e che sono state più o meno estese o trasportate ad altri mezzi di impugnativa.

Resta a vedere, sempre in linea generale, come è regolata la impugnabilità di sentenze pronunciate in cause con più oggetti diversi fra le stesse parti, in cause con unico oggetto ma con pluralità di parti, e finalmente in cause con più oggetti nei confronti di più parti (cause distinte, fra parti diverse, ma riunite per la trattazione nello stesso processo).

I problemi che ne sorgono, sono più complessi e più spinosi, in caso di pluralità di parti, perchè può avvenire che si verifichino delle preclusioni rispetto ad alcune parti e ad altre no (come avverrà, ad esempio, se per alcune di loro vi sia stata notificazione della sentenza, e per altre no, oppure se la notificazione sia avvenuta in tempi diversi); e allora bisogna stabilire quali siano gli effetti per le une e per le altre. E in ogni caso bisogna vedere, se debbano esserci tutte, anche nella fase di impugnativa oppure no, e se da una stessa sentenza siano possibili fra parti diverse e per diversi oggetti impugnative separate e distinte, che abbiano corso indipendente le une dalle altre.

275 CAUSE CON PIÙ OGGETTI diversi e distinti (più domande, ma riunite), fra le stesse parti (v. sopra, il n. 153): bisogna vedere se le cause (riunite) sono indipendenti oppure dipendenti l'una dall'altra.

Se sono indipendenti, la parte che sia soccombente rispetto a più domande, può anche impugnare la sentenza rispetto ad alcune e non rispetto alle altre e in questo caso le cause si scindono. Per uno o più oggetti il processo prosegue in sede di impugnativa e per gli altri invece la sentenza già pronunciata passa in giudicato (arg. soprattutto dall'art. 486 capov. sebbene usi la sciagurate terminologia: «capi di sentenza», che non si sa mai bene che cosa voglia dire). Comunque, resta esclusa, per questo verso, la possibilità di pluralità di impugnative separate di una stessa parte.

Se ciascuna parte sia soccombente rispetto ad un oggetto e vincitrice invece rispetto ad un altro, ci possono essere delle impugnative vicendevoli per i diversi oggetti. Anche qui però sembra che si debbano applicare, direttamente o per analogia, le stesse regole, accennate più sopra per il caso di soccombenza parziale di ciascuna delle parti, rispetto ad un unico oggetto — sempre allo scopo di evitare, che ne sorgano delle distinte fasi di impugnativa, contro la stessa sentenza, anche se per oggetti distinti.

Quando gli oggetti siano più (e indipendenti fra loro), c'è soltanto questa differenza, rispetto al caso di un oggetto unico ed è: che la stessa autorità alla quale sono devolute le impugnative, può ancora ordinare od attuare essa medesima (a ragion veduta) lo stralcio delle cause e separarle.

Se poi gli oggetti siano più, e quindi siano più le cause riunite, fra le stesse parti, ma siano dipendenti l'una dall'altra (come, ad es., se vi siano delle domande principali ed acces-

sorie, con oggetti distinti: v. sopra, nn. 153 e 187), allora la regola è questa: che la impugnativa in ordine alla domanda principale estende automaticamente e necessariamente i suoi effetti a quella dipendente (arg., per es., dall'art. 543, in fine). Non sembra possibile invece impugnare la sentenza soltanto per la causa dipendente (e non per quella principale), se non in quanto ci siano, rispetto a questa, delle ragioni od eccezioni particolari da far valere, che non riguardano la causa principale. In questo ultimo caso, se la impugnativa sia proposta soltanto nella causa dipendente, la sentenza passa formalmente in giudicato per quella principale.

PLURALITÀ DI PARTI per una causa (azione) unica, con
276 unico oggetto (v. sopra n. 154): par certo intanto (sebbene il codice non lo ponga in rilievo), che la sentenza non divenga irrevocabile, se non quando la possibilità di una impugnativa sia preclusa per tutte le parti. Finchè ce n'è anche una sola, che può ancora impugnare, la sentenza può esser rimessa in questione per tutte.

Infatti se quella che può ancora impugnare, impugna, tutte le altre devono esser chiamate anche nella nuova fase, ci sia o non ci sia stata rispetto a loro una preclusione, ed in ogni caso la sentenza può esser riformata, annullata o revocata, con effetti per tutte, perchè è nella natura stessa dell'azione, di non poter dar luogo se non ad un provvedimento unico per tutte. Se ci siano delle preclusioni rispetto a qualcuna, la differenza sarà soltanto questa: che la parte preclusa non potrà prendere essa la iniziativa di impugnare. Ma impugnata la sentenza da altri, deve esser chiamata in giudizio anche lei, e può interloquire e far valere le sue ragioni, come le altre. Se non siano state chiamate tutte le parti, riteniamo che il giudice della impugnativa debba ordinare la integrazione del giudizio (con analogia alla disposizione dell'art. 469, che vedremo più avanti).

ASSIMILABILE al caso precedente (sebbene con qualche
277 divergenza, che noteremo), è il caso in cui vi siano stati in una causa degli interventi adesivi di terzi (sopra, n. 159).

Tanto la parte principale soccombente quanto anche l'interveniente adesivo, soccombente per riflesso insieme con lei, possono impugnare infatti la sentenza contro la parte avversa, vittoriosa. Ma chiunque sia che impugna, deve chiamare in giudizio il compagno di sventura.

Il problema che può preoccupare, è soltanto questo: se l'interveniente possa impugnare con effetti utili anche per la parte principale, dopo che per questa siano scaduti i termini o dopo che questa abbia accettata la sentenza, oppure se in questo caso la riforma o l'annullamento della sentenza principale debba avvenire soltanto in quei limiti che bastino a soddisfare l'interesse (dipendente e riflesso) proprio nell'interveniente (con analogia a quanto avviene in certi casi di opposizione di terzo: v. più oltre il n. 291). Incliniamo a questa seconda soluzione, ricordando però che la cosa, almeno in qualche ipotesi di fatto, appare discutibile.

Se soccombente sia la parte avversa a quella, a fianco della quale vi sono stati degli intervenienti adesivi, deve impugnare la sentenza, in termine utile, in confronto della parte principale vittoriosa (altrimenti resta preclusa), ma deve chiamare nel giudizio gli intervenienti (anche se, rispetto a loro, sia scaduto il termine). In difetto, il giudice dell'impugnativa deve ordinare l'integrazione del giudizio.

Se non impugni in termine contro la parte principale vittoriosa, si può ritenere che si verifichi una preclusione che giova anche agli intervenienti, onde non è più possibile l'impugnativa contro nessuno. E qui il caso si differenzia processualmente da quello esaminato più sopra, di pluralità di parti principali.

Neanche rispetto a tutte queste situazioni, la legge non dà alcun lume, con disposizioni espresse.

PLURALITÀ DI CAUSE riunite per la trattazione nello
278 stesso processo con pluralità di oggetti e con diversità di parti (v. sopra, il n. 157): questa è la ipotesi più complessa e più difficile, anche perchè qui la legge dà bensì alcune disposizioni, ma molto imperfette e di dubbia coerenza col sistema.

Bisognerà procedere distinguendo, e innanzitutto tener distinta, anche qui, la ipotesi di cause connesse, ma non necessariamente dipendenti fra di loro (parallele, cumulate), da quella di cause dipendenti l'una dall'altra (e abbinate).

Se le cause non siano dipendenti fra di loro, è possibile intanto che la loro scissione avvenga in modo automatico, se rispetto ad una od alcuna di esse (e per le relative «coppie» di parti) si verifichi una preclusione dell'impugnativa e per altre no. La sentenza passerà formalmente in giudicato per quegli oggetti e per quelle «coppie» di parti (per cui si verifica la preclusione), mentre per le altre il processo potrà proseguire attraverso la impugnativa. Così, se siano stati condannati, per es., due debitori per quote o uno appelli e l'altro no, la sentenza diverrà irrevocabile per il primo e per la sua quota, e non per il secondo.

Però la legge, pur adottando in massima questa regola coerente al sistema, ha creduto necessario temperarla con qualche disposizione particolare, che tende, da un lato, a mantenere riunite anche nelle fasi di impugnativa quelle cause che proseguono (e questo è pienamente giustificato) e, dall'altro, a temperare l'effetto della scadenza dei termini per le singole parti (e qui ci sono delle incoerenze, non spiegabili, se non per ragioni storiche).

La legge tien distinto il caso di più soccombenti dal caso di più vincitori (sempre in cause parallele o cumulate). E poi suddistingue ancora, introducendo un regime particolare, per il caso in cui i più soccombenti fossero debitori o creditori per obbligazioni solidali o indivisibili.

Nel caso in cui non si tratti di obbligazioni solidali o indivisibili, la legge pone questa regola: che se una delle parti soccombenti impugna la sentenza (in termine), le altre possono fare «adesione» alla sua impugnativa, anche per le cause che le riguardano, purchè lo facciano entro un certo termine o tempo successivo (artt. 470 e 479 per l'opposizione contumaciale, 488 per l'appello, 502 per la revocazione, 529 per il ricorso per cassazione). La giurisprudenza completa logicamente la disposizione, chiarendo che l'adesione però è possibile (efficace), solo a condizione che al momento della proposizione della prima impugnativa, non sia già scaduto il termine per le altre parti, che poi aderiscono. Esempio: due debitori condannati in primo grado per quote; sentenza notificata ad ambedue. Uno appella (per la propria quota), quando non è ancora scaduto il termine, nè per lui nè per l'altro. L'altro può fare adesione, appellando così, a sua volta, per la propria quota, anche dopo scaduto il termine ordinario rispetto a lui (cioè quello decorrente dalla notifica fatta a lui), purchè intervenga nel giudizio di appello promosso dall'altro, nei termini e nei modi dell'art. 488.

Ma se al momento della proposizione della prima impugnativa (di uno), il termine era già scaduto per gli altri, ogni impugnativa per loro è preclusa, e le cause si scindono: una prosegue e le altre si chiudono.

Se i più soccombenti abbiano simultaneamente impugnato (tutti in tempo utile), tutte le impugnative verranno riunite.

Con questi spedienti, se la sentenza sia stata notificata simultaneamente (o quasi) a tutti i soccombenti, si ottiene praticamente, che anche nella fase di impugnativa il processo prosegua con effetti per tutte quelle domande e quelle parti, rispetto alle quali non si verifichino preclusioni. Però, se a qualcuno dei soccombenti la sentenza non sia stata notificata, e costui resti in posizione di attesa e non intervenga per aderire alla impugnativa degli altri, allora fatalmente può succedere, che alla stessa sentenza seguano delle distinte fasi di impugnativa fra le varie parti.

Allorchè si tratti viceversa di più obbligazioni solidali od indivisibili (ai sensi del codice civile), la legge dispone, che, se una delle parti soccombenti impugna la sentenza in termini e riesce vittoriosa nell'impugnativa, ottenendo la riforma o l'annullamento, questo risultato ha effetto utile («giova») anche per le altre parti (debitrici o creditrici in solido o indivisibilmente con lei), anche se non siano intervenute e non abbiano fatto adesione alla impugnativa (art. 471 n. 2 e 3). Sembra cioè, che la legge procedurale (con una concezione per verità più che discutibile) consideri la indivisibilità o la solidarietà delle varie obbligazioni, come motivo di interdipendenza delle varie cause fra loro.

Tutto questo, quando siano più le parti soccombenti.

Quando siano più le parti vincitrici, la regola è quest'altra: che la parte soccombente può benissimo accettare la sentenza o lasciarla passare formalmente in giudicato rispetto ad alcune, ed impugnarla invece rispetto ad altre, nel qual caso le sorti delle cause si scindono.

Però, se vuol impugnare la sentenza contro più parti vincitrici, deve proporre le proprie impugnative in modo che siano trattate, anche successivamente, sempre in uno stesso processo. Non può, per esempio, impugnare contro qualcuno e riservarsi di impugnare poi dopo, separatamente, contro altri. Se impugna contro qualcuno e non contro altri, e rispetto a costoro essa non accetti la sentenza o non siano scaduti i termini (cosicchè rispetto a loro la sentenza non sia passata formalmente in giudicato), l'autorità giudiziaria deve imporle di integrare il giudizio, estendendo la impugnativa anche agli altri. E se non lo faccia, la impugnativa deve esser dichiarata improcedibile e rigettata rispetto a tutti. Così va intesa la regola dell'art. 469. Esempio: un creditore, due debitori; sentenza di primo grado, che li assolve ambedue. Il creditore soccombente appella contro uno di loro. Se i termini intanto sono scaduti nei confronti dell'altro, o se nei confronti dell'altro egli (creditore) accetta la sentenza, le cause si scindono; per un debitore il processo prosegue in sede di impugnativa, e per l'altro la sentenza passa in giudicato. Ma se per l'altro debitore i termini non sono scaduti, e il creditore non vuole accettare la sentenza neanche nei suoi confronti, bisogna che appelli anche contro di lui, in modo che i due appelli siano trattati congiuntamente. Se non appelli, il giudice di appello gli ordinerà la integrazione del giudizio. Se egli non obbedisce e non integra (oppure non dichiara di accettare la sentenza contro l'altro), il giudice dichiarerà irricevibile il suo appello, anche contro il primo appellato.

Vediamo, ora, che cosa succede quando si tratti di un processo, nel quale siano state riunite e trattate congiuntamente delle cause dipendenti fra di loro (per esempio in rapporto di accessorietà), sebbene fra parti diverse.

In cause dipendenti fra parti diverse bisogna distin-
279 guere se è vincitore o soccombente, nella causa principale, colui che ha promossa poi la causa dipendente. Per stare sul concreto, prendiamo l'esempio di un garantito, che abbia chiamato in causa il garante, anche agli effetti della domanda di indennità (esempio già prospettato sopra, la n. 160). Soccombe il garantito.

Stando alla dizione dell'art. 471 n. 1, sembrerebbe che, se egli impugna la sentenza nella causa principale, non è necessario che chiami nella fase di impugnativa anche il garante; ma, se vince, la vittoria giova anche al garante. Non crediamo, però, che questa soluzione sia proceduralmente corretta, perchè il garante ha anche la funzione di coadiuvare il garantito nella causa principale, quindi, come tale, deve esser chiamato ad intervenire anche nella fase di impugnativa promossa per la causa stessa, come avviene nei casi in cui vi sia stato un intervento adesivo di un terzo (sopra, n. 277). Cosicchè, se il garante non sia stato chiamato in quella fase, il giudice dell'impugnativa dovrebbe ordinare, secondo noi, la integrazione del giudizio.

Quando viceversa il garantito sia vittorioso, e soccombente di fronte a lui sia il suo avversario principale, questo, se vuol impugnare la sentenza, bisogna che la impugni in termine contro il garantito e chiami in giudizio anche il garante (anche se, di fronte a quest'ultimo, siano scaduti i termini). In difetto, il giudice dell'impugnativa dovrà ordinare la integrazione del giudizio. Anche qui si applicano cioè, secondo noi, le regole che si applicano, quando vi sia in causa una parte principale vittoriosa, a lato della quale vi siano dei terzi intervenuti per coadiuvarlo (n. 277 cit.).

Tutto quanto questo piccolo caos del regime delle impugnative, quando ci siano più parti, si può anche ulteriormente complicare (così, per esempio, quando le singole cause riunite oppure gli interventi in causa di terzi presentino delle questioni particolari o quando ci siano delle parti non interamente vittoriose nè soccombenti, ma su certi punti vittoriose e su altri soccombenti). Ma ci sem-

bra che, complicando qui le ipotesi, finiremmo col non farci più capire (dato e non concesso, che ci siamo riusciti fino a qui). Ci limiteremo a dire, che bisognerà risolvere le difficoltà, combinando insieme, secondo le particolarità del caso, le regole che siamo venute accennando.

Questo caos dovrebbe evidentemente scomparire (salve le difficoltà, intrinseche e non eliminabili, proprie della materia) con le auspicate riforme.

E veniamo brevemente ai singoli mezzi.

§ 32. — *Dell'appello e del ricorso per cassazione.*

280 Il pensiero ispiratore degli ordinamenti dell'appello come mezzo di impugnativa, in principio, parrebbe molto semplice e chiaro. Si ritiene cioè, che sia garanzia di giustizia del risultato finale, che ciascuna causa possa essere successivamente esaminata da due giudici diversi (il secondo dei quali, per la sua composizione, dovrebbe avere anche maggiore autorità del primo), ammettendo le parti ad integrare e sviluppare davanti al secondo le proprie difese. Con questo, il secondo « grado » dovrebbe servire non solo a correggere eventuali errori del primo giudice, ma anche (e soprattutto) eventuali errori di condotta processuale delle parti. Al quale effetto, il primo esperimento può esser istruttivo, per loro, come un saggio od un esperimento fatto alla prova del fuoco.

Questo criterio ispiratore corrisponde ad una esigenza pratica innegabile. Purtroppo anch'esso è stato condotto a conseguenze non benefiche (e neanche del tutto coerenti), a seguito della introduzione della regola che tutte le sentenze — anche le interlocutorie — sono egualmente appellabili. Sugli indubbi vantaggi del sistema, si sono innestati così dei gravi inconvenienti.

281 Tutte le sentenze pronunciate in primo grado sono dunque appellabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario (art. 481 cod. proc. civ.). E quando diciamo: «pronunciate in primo grado», intendiamo dire: non

soltanto quelle pronunciate nella prima fase del processo, ma anche quelle, che possano esser pronunciate quando, a seguito di un mezzo di impugnativa, lo stesso primo giudice debba pronunciare di nuovo (caso della opposizione contumaciale a sentenze di primo grado; caso della revocazione a sensi dell'art. 509 u. c.) o quando, sempre a seguito di una impugnativa, la causa sia ridiscesa davanti al giudice di primo grado per la sua prosecuzione (esempii più oltre al n. 284, richiamato poi al n. 288 ecc.).

Quando diciamo «tutte le sentenze», intendiamo dire quelle di contenuto definitivo (sia esso definitivo solo del processo o anche del merito) e quelle interlocutorie, siano di rito (ordinatorie), di istruttoria o incidentali di istruttoria; tutte insomma, senza distinguere, e qualunque sia il giudice che le abbia pronunciate, conciliatore, pretore o tribunale — salve sempre le eccezioni previste dalla legge.

Eccezioni principali (sempre nel campo del procedimento ordinario di cognizione in contraddittorio): le sentenze dei conciliatori in cause di valore inferiore alle centocinquanta lire (art. 1 u. c. legge 15 settembre 1922, n. 1287); le sentenze nelle cause portate in primo grado direttamente davanti ad un giudice superiore, quando non sia stata sollevata la eccezione di incompetenza per valore (sopra, n. 177, in fine); le sentenze delle corti di appello, quande queste siano giudice di primo ed unico grado (come nei giudizii di delibazione) e in genere le sentenze di giudici di secondo grado, quando pronuncino per la prima volta su questioni incidentali od accessorie (es. regolamento di competenza; casi dell'art. 103 ecc.).

Altre eccezioni ci sono in materia di procedimenti speciali (es. sentenze interlocutorie nelle controversie individuali del lavoro ecc.), ma sono fuori dell'orbita della nostra trattazione.

282 Il termine normale per appellare è di trenta giorni dalla notificazione della sentenza (l. 15 settembre '22 cit., art. 4). L'atto di appello (introduttivo di questa fase) si propone nelle forme di un atto di citazione dell'appellante all'ap-

pellato, a comparire davanti al giudice competente per l'appello (art. 486 al.). Il che vuol dire, che dentro il trentesimo giorno deve esser avvenuta la relativa notificazione.

Però, istituita così la fase di appello con questo atto, che la legge chiama « principale », resta aperta la possibilità di successive adesioni di altre parti, nonchè la possibilità di una integrazione del giudizio, quando ci fosse pluralità di parti (v. sopra n. 288 e segg.). La adesione si può fare per comparsa (artt. 487 cod. proc. civ., 54 reg. sul rito somm., nelle forme dell'intervento: v. sopra n. 157) fino all'udienza in cui la causa venga discussa per passare in decisione. La integrazione può esser disposta con ordinanza, se non vi siano contestazioni in prosito; altrimenti per sentenza. E si fa con citazione delle altre parti a comparire (come la chiamata di terzi in causa: v. sopra, n. 157, in fine).

Ma la proposizione dell'appello principale riapre automaticamente una altra possibilità, a differenza di quello che avviene per altri mezzi di impugnativa, e, cioè, la possibilità per l'appellato di appellare a sua volta dalla sentenza contro l'appellante, per quelle parti o quei punti che gli siano sfavorevoli, sia in ordine allo stesso oggetto, sia in ordine agli altri oggetti trattati e decisi nello stesso processo, anche se nel frattempo per lui siano scaduti i termini o si siano verificate altre preclusioni.

Questa specie di appello riconvenzionale, la legge lo chiama « incidentale » (art. 487). Esso si propone per comparsa e più precisamente nella prima « comparsa », in cui l'appellante proponga od esponga le proprie ragioni contro l'appellato (art. 487 citato), con conclusioni specifiche. Esso può proporsi anche dopo scaduto il termine, quasichè l'appello principale, come si dice in pratica, « riapra i termini » per l'appellato. Può proporsi, a quanto si ritiene, anche se l'appellato (prima dell'appello principale) avesse accettata la sentenza. In conformità di quello che abbiamo detto più sopra (nn. 274 e 275), l'appello incidentale può riguardare la soluzione di questioni pregiudiziali, che l'appellato avesse proposte al giudice di primo grado e che siano state risolte contro di lui (pur decidendo a suo favore in altre successive); può riguardare il

merito in caso di soccombenza parziale in ordine allo stesso oggetto oppure, a quanto si ritiene, anche la decisione di domande distinte (cioè relative ad oggetti diversi e distinti), in cui l'appellato sia rimasto soccombente in primo grado.

Il criterio della legge, nell'ammettere l'appello « incidente », non ostante le preclusioni verificatesi nel frattempo, sembra esser stato questo: che se una parte non appella o rinuncia (per accettazione o per acquiescenza) ad appellare in via principale, ciò avviene sempre sotto la condizione implicita e presunta, che anche l'altro a sua volta non appelli. Se l'altro appella, viene a mancare questa condizione e la discussione si riapre per tutti, sopra tutta la materia controversa. Soltanto non vediamo la ragione di applicare questo criterio, quando si tratti di domande non connesse, nel qual caso la sentenza è solo materialmente o formalmente unica, ma in realtà decide di diverse materie del contendere, del tutto indipendenti fra di loro.

Ci sembra implicito nella disposizione, che l'appello, sia quando si proponga per atto di citazione, sia quando si proponga (se adesivo o incidentale) per comparsa, ci sembra implicito, diciamo, che debba contenere e specificare i motivi, cioè le ragioni, sulle quali l'impugnativa si fonda e le relative « conclusioni », con che dovrebbe risultare anche quali sono i punti della sentenza, che vengono impugnati (arg. dall'art. 486 anche in relazione all'art. 134, relativo alla citazione introduttiva del giudizio in primo grado; e v. gli artt. 487 e 488 cod. proc. civ.).

Però la legge stessa sembra deflettere da questo rigore, perchè, dopo aver detto, che quando alcuno soltanto dei « capi » della sentenza sia stato impugnato, « s'intende che l'appellante abbia accettato gli altri », aggiunge viceversa: « se non sia fatta indicazione di capi, l'appello s'intende (?!) proposto contro tutti » (art. 468 capov.). La giurisprudenza poi è di una rilassattezza incredibile nell'ammettere anche appelli generici.

QUANTO ALLE NOVITÀ: « nel giudizio di appello non
283 « possono proporsi domande nuove; se proposte devono ri-

« gettarsi anche d'ufficio » (art. 490 al.). Ed è logico. Altrimenti il principio del doppio grado sarebbe ferito nella sua essenza. Però « possono domandarsi gli interessi, i frutti, « gli accessori scaduti dopo la sentenza di prima istanza, « e il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa ».

Questa è un'applicazione del criterio già altra volta accennato, circa la comprensione dell'oggetto (v. sopra, n. 152).

« Può proporsi la compensazione ed ogni altra eccezione « alla domanda principale. Possono proporsi nuove prove » (art. 490 pen. e ultimo capov.). Questa è un'applicazione del criterio, che il giudizio di appello serve anche a correggere errori di condotta delle parti (sopra, n. 280). Sulla eccezione di compensazione, e, in genere, sulle eccezioni riconvenzionali, abbiamo però qualche dubbio sul modo di applicazione della disposizione (v. sopra, n. 226).

A queste regole va collegata quella dell'art. 491 (e coerentemente va poi temperata, anch'essa, nella sua interpretazione). Dispone l'art. 491: « nel giudizio di appello non si am- « mette intervento in causa, se non di coloro che hanno di- « ritto a formare opposizione di terzo, salvo il disposto del- « l'art. 205 ». Secondo noi, non c'è ragione di escludere gli interventi meramente adesivi, quando l'intervento non rechi modificazione di sorta alla materia del contendere (sopra, n. 159).

I POTERI del giudice di appello (sempre che l'appello sia
284 stato tempestivamente proposto e « coltivato »), in linea di massima, si dovrebbe dire, che hanno la stessa estensione e lo stesso contenuto di quelli del giudice di primo grado, perchè, come abbiamo detto sopra, il giudice di appello conosce e decide della causa (nel suo intrinseco), e non solo degli eventuali vizii della sentenza impugnata.

Sempre in linea di massima, se ne dovrebbe dedurre, intanto, che esso può « confermare » la sentenza impugnata, in tutto od in parte. In questo caso si parlerà, di solito, in pratica di « rigetto dell'appello ». Però si tratterà sempre di un rigetto fondato sulla convinzione (che il giudice di appello deve formarsi sulla cognizione di tutto il materiale della causa),

che effettivamente sia « giusto » decidere come aveva deciso il giudice precedente, per gli stessi motivi o anche per motivi in tutto o in parte diversi. Il giudice di appello può viceversa « riformare » la sentenza, quando ritenga (eventualmente anche in relazione al nuovo materiale, che gli sia stato fornito), che sia « giusto » decidere in modo diverso.

Se tutto questo, in massima, è chiaro, qualche non lieve complicazione sorge invece, quando si consideri, che la sentenza appellata può aver accolta una eccezione pregiudiziale di rito, con una sentenza di contenuto definitivo del processo, senza però toccare (appunto per questo) il merito, oppure può aver deciso, accogliendo una pregiudiziale di merito sulla improponibilità dell'azione, senza occuparsi del suo fondamento. Può anche aver pronunciato interlocutoriamente, per esempio ammettendo delle prove, ammettendo o respingendo un intervento ecc., sia che a questo effetto abbia deciso anche qualche punto di merito oppur no. Quali saranno, in queste varie ipotesi, i poteri del giudice di appello?

L'art. 493 cod. proc. civ. dispone, che: « quando in pri- « ma istanza siasi pronunziato soltanto sulla competenza, « anche in appello si pronunzia solo su questa. Quando « in prima istanza siasi pronunziato anche sul merito, non « si può in appello conoscere di questo, se sia dichiarata « l'incompetenza dei primi giudici ».

La disposizione sembra ispirarsi al concetto, che qui si avrebbe, in sostanza, una insufficiente applicazione del principio del doppio grado, se il giudice di appello si occupasse del merito, dopo che il giudice precedente si era fermato alla sola competenza (caso pratico: il giudice di primo grado ha dichiarata la propria incompetenza; il giudice di appello riforma, nel senso che lo ritiene e lo dichiara competente. Non può decidere del merito, e deve rimettere la causa al primo giudice, perchè ne decida).

Però, se questa è la ragione della legge, parrebbe logico estendere, per analogia, questa regola a tutti i casi, in cui il primo giudice abbia declinato di conoscere del merito

per eccezioni pregiudiziali « di rito » (quali che siano) o abbia sospeso di conoscerne, dando disposizioni meramente ordinatorie (es. rinnovazione della citazione). La giurisprudenza invece inclina a ritenere (sia pure con qualche incoerenza per casi singoli), che la disposizione dell'art. 493 sia tassativa e non estensibile; e quindi ritiene che il giudice di appello possa conoscere del merito, anche quando il primo giudice abbia declinato o sospeso, per altre ragioni, che non siano di competenza. Soluzione, che non persuade.

Ritiene pure la giurisprudenza, che, quando la sentenza del primo giudice sia nulla per vizii di forma o di procedura o anche di composizione dell'ufficio giudicante (sul quale ultimo punto, però, vi sono delle oscillazioni recenti), il giudice di appello possa dichiarare la nullità e decidere a sua volta, senza rinviare da capo e a caso vergine, al primo giudice. Il che si suol esprimere (bene o male) in pratica, dicendo che: « i motivi di nullità si convertono in motivi di gravame ».

Quando il primo giudice abbia dichiarata in merito la improponibilità della domanda, si ritiene generalmente (e qui siamo d'accordo), che il giudice di appello, se ritenga invece la proponibilità, possa conoscere del fondamento.

Quando il primo giudice sia sceso all'esame del merito, ma abbia deciso solo interlocutoriamente (per esempio ammettendo una prova), il giudice di appello, se crede di poterlo fare col materiale a sua disposizione, può decidere definitivamente del merito (arg. a contrario dall'art. 492 al.). Se, viceversa, confermi, deve rimettere al primo giudice per il seguito della causa (art. 492 al., prima parte). Similmente deve rimettere al primo giudice, quando riformi una interlocutoria, ma pronunciando, a sua volta, in modo interlocutorio e non definitivo (per esempio, modificando le prove ammesse o sostituendo un mezzo di prova ad un altro).

Quando finalmente il primo giudice abbia deciso il merito, ma il secondo ritenga invece di dover dare provvedimenti interlocutorii, è in sua facoltà di « ritenere » la causa per la esecuzione dei provvedimenti interlocutorii e per la

decisione del merito oppure rimetterla, per il seguito, al primo giudice.

S'intende, che, tutte le volte che la causa sia stata rimessa al primo giudice e questo torni a deciderne per sentenza, la nuova sentenza è a sua volta appellabile, sempre con gli stessi criterii e con gli stessi poteri.

Da questo complesso di disposizioni non ci sembra possibile ricavare un criterio generale nitido e coerente, di applicazione del principio del doppio grado. Secondo noi, bisogna prenderle come altrettante disposizioni di opportunità (e anche di problematica coerenza), rispetto a ciascuna delle quali sorge soltanto il problema se essa, in sè e per sè, sia o non sia suscettibile di immediata analogia.

285 QUANTO AL PROCEDIMENTO, davanti a ciascun giudice di appello si applicano le stesse norme di procedura applicabili per il procedimento di primo grado davanti a lui (cfr. art. 50 reg. sul rito somm.), salve le modificazioni risultanti dalle regole che siamo venuti ricordando. E, salve sempre queste modificazioni, si applicheranno in ogni modo le regole già vedute sull'impulso processuale, sulla determinazione della materia del contendere, sull'onere di allegazione e di prova, sui mezzi di prova ecc.

Converrà rilevare soltanto, che qui possono sorgere delle particolari questioni pregiudiziali « di rito », circa la proposizione della impugnativa. Per esempio: la sentenza era appellabile ? l'appello è stato proposto in termine ? vi osta o non vi osta una precedente accettazione della sentenza ? sono state osservate le disposizioni di forma sulla proposizione dell'appello ? ecc. Queste, secondo la terminologia usata generalmente per siffatte pregiudiziali, dovrebbero qualificarsi questioni di « procedibilità » (proprie e specifiche di questa fase). Non male, tuttavia, la pratica preferisce (almeno di solito) parlare invece di « ammissibilità » (o di « inammissibilità ») dell'appello. Essa vuol accentuare con questo, che, se queste questioni od eccezioni di rito siano fondate o comunque vengano accolte, non mandano in secca tutto il procedimento, ma soltanto la impugnativa. La sentenza

che le accoglie (se non venga poi, a sua volta, impugnata ed annullata), stabilirà, cioè, che è passata formalmente in giudicato la sentenza del primo giudice.

Quando il giudice di appello rimetta la causa ai primi giudici, il processo, secondo noi, resta pendente (sopra, n. 211). La «ripresa» o «riassunzione», come si dice in pratica, avverrà con atto di citazione, il quale di solito assumerà però delle forme semplificate, perchè restano fermi gli effetti della costituzione dei procuratori, già avvenuta nella prima fase (sopra, nn. 207 e 268).

Se la sentenza di primo grado era interlocutoria e provvisoriamente esecutiva, potrà avvenire che il processo venga ad essere pendente davanti a due organi nello stesso tempo. Ma sarà fenomeno transitorio, dopo il quale verrà ricondotto ad unità di linea (sopra, nn. 211 e segg.).

Sulla sospensione della esecuzione provvisoria e sulla concessione tardiva della provvisoria esecutorietà in appello, rinviamo agli artt. 483 e 484 cod. proc. civ..

La CASSAZIONE è un mezzo di impugnativa ammesso
286 contro le sentenze di secondo grado o equiparabili a queste, ed ha carattere di controllo delle sentenze medesime, con l'effetto implicito di controllare anche la legittimità del procedimento, che ha messo capo alla loro emanazione. Ciò risulta dalla considerazione dei poteri specifici di annullamento processuale attribuiti alla corte di cassazione, in relazione ai mezzi od ai motivi, per i quali l'annullamento medesimo (cassazione, nel senso francese della parola) può essere pronunciato.

Questi possibili motivi si trovano elencati, in otto numeri, nell'art. 517 cod. proc. civ. (da integrarsi, però, col disposto dell'art. 544). Essi possono, secondo noi, raggrupparsi così:

primo gruppo: difetto assoluto di competenza (giurisdizione) dell'autorità giudiziaria ordinaria (arg. dall'art. 544, ultima parte, e v. sopra, n. 174). La corte, accogliendo il ricorso, deve cassare senza rinvio, col significato di dichiarare la inefficacia giuridica o la nullità di tutto il procedimento (cioè la impossibilità radicale, di produrre effetti per il merito).

A questo tipo si suol ricondurre anche la improponibilità (in diritto) della domanda, in quanto nessun giudice può conoscere di una domanda intrinsecamente improponibile per motivi di diritto (v. sopra, n. 235).

Secondo gruppo: difetto di competenza dell'organo adito fin dall'origine, in primo grado, e che si rifletta nella incompetenza di quello di secondo, la cui sentenza venga impugnata (arg. dall'art. 544 cit.); la corte, se accoglie, deve cassare e «statuire sulla competenza». Nel qual caso, bisogna suddistinguere. Se dichiari la competenza fin dall'origine di un giudice diverso, cade tutto il processo, come nel caso precedente. Se dichiari la competenza del giudice di primo grado, erroneamente negata o disconosciuta da lui medesimo e anche da quello di appello, la corte deve rimettere al primo, e il processo resta pendente. Se dichiari la competenza del giudice di primo grado, che ritenendosi competente abbia conosciuto del merito, mentre il giudice di secondo, glie la ha viceversa negata, riformando in questo senso la sentenza, si ritiene che la corte deve cassare e rinviare ad altro giudice di pari grado (cioè di secondo), mentre parrebbe più logico rinviare allo stesso.

Terzo gruppo: difetto di competenza o difetto di poteri del giudice di secondo grado, quando però fosse competente quello di primo (es. caso di appello a giudice incompetente o di appello da sentenza inappellabile). Logicamente la corte dovrebbe cassare senza rinvio (con l'effetto di far passare formalmente in giudicato la sentenza di primo grado).

Quarto gruppo: nullità assoluta, e non sanata, di atti del procedimento, che si rifletta o si riproduca in una conseguente nullità della sentenza impugnata. Qui bisognerebbe suddistinguere: nullità che risalgono all'origine, e cioè alla costituzione stessa del processo, nullità successivamente incorse nella fase di primo grado, nullità incorse nel giudizio di secondo grado. Quando la nullità sia originaria e risalga alla costituzione del processo, la corte dovrebbe cassare senza rinvio, come nel caso di difetto originario di competenza. Quando invece si tratti di una nullità incorsa successivamente nella fase di primo grado, dovrebbe cassare e rimet-

tere al giudice di primo grado e quando la nullità sia incorsa nella fase di secondo grado, dovrebbe cassare e, a quanto pare, rinviare allo stesso giudice di secondo (in tutti questi casi però la giurisprudenza, incertissima di fronte al testo dell'art. 544, tende invece a rinviare ad altro giudice di secondo grado, creando delle complicazioni e delle incongruenze ingiustificate).

Quinto gruppo: nullità intrinseche proprie della sentenza impugnata, per difetto di forma o di composizione dell'ufficio giudicante, per aver deciso al di fuori o al di là di quello che era stato domandato o non su tutto quello che era stato domandato o per aver date disposizioni contraddittorie (art. 517 nn. 2 e 4 a 7). A queste, la giurisprudenza ha aggiunto una nullità, che nella legge non c'era e non c'è (facendola rientrare artificiosamente nel n. 2): «difetto di motivi», quando il giudice nella sentenza impugnata non mostri di aver prese in sufficiente considerazione difese risolutive, proposte da qualcuna delle parti o documenti decisivi oppure mostri di non aver ragionato in modo logico e coerente, così da giustificare effettivamente il tenore o il contenuto della decisione. Proprio questo «mezzo», che nella legge non c'era, è diventato pane e companatico quotidiano di tutti i ricorsi. La corte, accogliendo, cassa e rinvia ad altro giudice di pari grado (sebbene qualche volta sarebbe più logico che rinviasse allo stesso).

Sesto ed ultimo gruppo (ultimo nell'ordine, ma primeggiante su tutti per la sua importanza sistematica): errori di diritto («violazione o falsa applicazione della legge»), quando già non inducano difetto di competenza o nullità comprese nei gruppi precedenti (art. 517, n. 3). La corte cassa e rinvia ad altro giudice di pari grado.

L'art. 517 n. 8 aggiunge: «se (la sentenza) sia contraria ad altra sentenza precedente», semprechè essa (sentenza impugnata) abbia pronunciato sulla eccezione di cosa giudicata. Però la giurisprudenza (male, secondo noi) ritiene, che questo motivo possa esser accolto soltanto in quanto prospetti degli errori di diritto sull'efficacia del giudicato, con che il n. 8 ricade nel caso generale degli errori di diritto (n. 3 dell'art. 517, sesto dei gruppi come sopra distinti). Sotto questo profilo, considera poi alla stessa stregua tutte le sentenze (anche quelle interlocutorie e di rito, che non hanno autorità di cosa giudicata sostanziale fuori del processo in cui siano state pronunciate).

IMPUGNABILI per cassazione sono tutte le sentenze di
287 secondo grado, comprendendo fra queste le sentenze in sede di rinvio, quelle pronunciate a seguito di revocazione, di opposizione di terzo ecc., senza eccezioni e senza distinguere, al solito, fra sentenze di contenuto definitivo o non definitivo, di merito o di istruttoria, salvo poche eccezioni, che sono tutte fuori dell'ambito del procedimento ordinario.

Fra le sentenze inappellabili o pronunciate in unico grado, riteniamo non siano impugnabili quelle dei conciliatori; impugnabili in massima le altre.

L'atto di impugnazione ha la forma di un ricorso, diretto alla corte, in cui si invoca il provvedimento di cassazione (annullamento), con tutte le conseguenze (rinvio, non rinvio ecc.). Però non c'è nullità, se le conseguenze non siano specificate o se siano indicate in modo erroneo: la corte, se cassi, dovrà provvedere in conformità della legge. Il ricorso deve essere motivato in modo specifico, con indicazione delle norme, che si invocano. Nulla esclude, che siano impugnati più «capi» per motivi distinti (per es. di competenza, di rito, di merito ecc.) od anche uno stesso «capo» per più motivi. Non sono ammessi motivi aggiunti o tardivi. La corte, sebbene si presuma che sappia il diritto, come tutti i giudici e più di tutti, non può supplire neanche in diritto a motivi non proposti, salvo che per le questioni di incompetenza assoluta e di rito, che siano di ordine o di interesse pubblico.

Il ricorso deve essere sottoscritto da un avvocato, ammesso a patrocinare davanti alla corte (artt. 522 e 524; v. sopra, n. 209), munito all'uopo di procura speciale e deve esser preceduto da un deposito per multa, che va perduto in caso di rigetto del ricorso, salvo che la legge espressamente ne dispensi (art. 521). Esso deve esser notificato perso-

nalmente alla parte ed alle parti contro le quali è proposto.

Il termine ordinario per ricorrere è di novanta giorni dalla notificazione della sentenza (salvo il diverso decorso per le sentenze suscettibili di opposizione contumaciale: v. sopra, n. 273), aumentato a centottanta per chi abiti fuori di Europa (art. 581). Dentro questo termine deve esser notificato il ricorso. Dentro un termine successivo di trenta giorni, il ricorso, con copia autentica della sentenza impugnata e con gli atti e documenti sui quali il ricorso è fondato (oltre che la quietanza del deposito per multa), deve esser depositato nella cancelleria della corte. Non sono necessari altri atti di impulso processuale dopo il deposito, perchè su di esso venga deciso (n. 211, in fine).

Il termine per fare adesione, è di trenta giorni dalla scadenza del termine per ricorrere (art. 529 capov.). Anche la adesione si fa nelle forme di un ricorso, con termine successivo per depositare. La integrazione può essere ordinata secondo le regole generali (sopra, nn. 276 e segg.), per ordinanza ed, occorrendo, per sentenza. Si fa, con la notifica del ricorso alle altri parti o (a quanto ora si ritiene) con la notifica di un estratto del ricorso.

La legge non ammette in sede di cassazione nulla di simile all'appello incidentale. Questo significa, che, in caso di soccombenza parziale o reciproca di parti avverse, ognuna di esse, se vuol ricorrere, deve farlo in modo autonomo (nelle forme del ricorso principale), nel termine di legge. La parte parzialmente soccombente, che resista ad un ricorso altrui senza ricorrere per conto proprio, secondo la giurisprudenza, accetta la sentenza e non potrà più ricorrere successivamente. Nulla però esclude che una ricorra contro l'altra in modo eventuale e condizionato (sopra, n. 272 e n. 274 e segg.). I ricorsi saranno in ogni caso riuniti per la trattazione.

La parte o le parti contro le quali è proposto il ricorso, possono, secondo il codice, far notificare al ricorrente un controricorso (meramente difensivo) nel termine di trenta giorni dalla scadenza di quello per il deposito del ricorso; deve esser sottoscritto da un avvocato ammesso a patrocinare davanti alla corte e munito di procura speciale, e deve esser depositato in un termine successivo (art. 531). Però la pratica ufficialmente adottata dalla corte, consente anche successivamente la presentazione con deposito in cancelleria di memorie e di documenti, anche da parte di chi non abbia precedentemente controricorso nel termine di legge, il che praticamente finisce con l'abrogare il termine medesimo. Può seguire in ogni caso la discussione orale alla udienza, sempre a mezzo degli avvocati.

Per ogni altro dettaglio del procedimento, rinviamo agli artt. 518 e seg. cod. proc. civ..

Anche in questa sede può, anzi deve, esserci naturalmente un esame della «ammissibilità» del ricorso (analogamente a quanto detto più sopra per l'appello: n. 285). Qui la legge stessa parla di «ammissibilità» e dà alcune disposizioni espresse in proposito (art. 528).

I poteri della corte risultano da quanto abbiamo già detto più sopra (nn. 191 e 192 e ora n. 286).

Ma l'accoglimento di un motivo («mezzo») talvolta può far cadere tutta la sentenza (anche per la conseguenzialità logica dell'art. 543) o tutto un «capo», in modo definitivo (senza rinvio) o devolvendo integralmente il riesame di tutta la materia (della sentenza o del «capo») al giudice di rinvio (nel qual caso gli altri motivi, se ce ne sono, restano «assorbiti»). Altre volte, l'accoglimento di singoli motivi (quando altri non ce ne siano o vengano rigettati) si limita alla «censura» di errori o di lacune su singole premesse (punti di ragionamento) di una decisione, con rinvio per riesame. Anche in questa ipotesi viene cassata e cessa per intanto di avere effetto tutta la sentenza o tutto il «capo». Però, quando la causa venga portata al giudice di rinvio, questo deve decidere riesaminando il punto censurato, ma tenendo fermi gli altri (non censurati), in quanto compatibili (armonizzabili) con le nuove risultanze (su di che v. il num. seg.).

288 La fase di rinvio ha per iscopo e per effetto, di far rifare l'esame della causa dal nuovo giudice e farla nuovamente decidere, nei limiti or ora accennati, sulla base degli

atti già compiuti (e che non siano stati ritenuti nulli dalla cassazione) e delle nuove allegazioni e produzioni, che le parti facciano in questa sede.

Si ritiene che, una volta promosso il giudizio di rinvio (e qualunque sia la parte, che lo ha promosso) le parti possano esercitare le stesse iniziative e le stesse funzioni, che avrebbero potuto esercitare nella precedente fase di secondo grado. Possono, per conseguenza, dedurre nuove eccezioni, produrre e dedurre nuove prove ecc., fermi però i punti non cassati e la preclusione di eventuali appelli incidenti. I poteri del giudice di rinvio sono, a loro volta, gli stessi di quelli del precedente giudice di appello, onde si applicano le regole già date a quel proposito (sopra, n. 284).

La nuova fase si apre con atto di citazione, notificato da una qualsiasi delle parti (che si renda « diligente » per questo effetto) alle altre. Il procedimento si svolge, del resto, nelle forme ordinarie. Non c'è termine per la riassunzione; ricordiamo piuttosto quanto già detto in proposito in altro capitolo sulla eventuale perenzione (n. 215). Ricordiamo altresì che, se il giudice di rinvio debba rimettere le parti al giudice di primo grado, e questo emetta altre sentenze nella stessa causa, esso, giudice di rinvio, è sostituito a quello ordinariamente competente, anche per l'appello da queste altre sentenze (sopra, n. 192).

§ 33. — *Opposizione contumaciale, revocazione, opposizione di terzo.*

L'OPPOSIZIONE CONTUMACIALE è un mezzo di impugna-
289 tiva dato al convenuto contumace (quando non ne sia precluso: v. sopra, n. 269), contro qualunque sentenza, emanata in primo o in secondo grado, in sede di rinvio o a seguito di revocazione od opposizione di terzo. Si ha riguardo esclusivamente alla contumacia in quella determinata fase e alla posizione processuale della parte (contumace) in quella fase.

Essa si propone con atto di citazione della parte stessa alle altre parti, davanti allo stesso giudice che abbia

pronunciata la sentenza contumaciale. Il termine per proporla è di diversa durata, secondo la posizione rispettiva (distanza) del luogo della notificazione della sentenza e della sede dell'autorità giudiziaria, applicando, per il calcolo, le regole del termine a comparire in giudizio. Però, quando la sentenza non sia stata notificata a mani proprie del convenuto, il termine è prorogato fino all'inizio degli eventuali atti esecutivi (artt. 476 e 477 cod. proc. civ.).

Il procedimento è quello ordinario in contraddittorio. Tutte le parti possono esercitarvi di regola (e salve le eventuali preclusioni, che operino anche in pregiudizio del contumace) tutte le iniziative e le funzioni, che avrebbero potuto esercitare nel giudizio precedente. Non vi è luogo ad impugnative «incidentali». Si trova menzionata nella legge l'adesione (art. 479). Deve aver luogo l'integrazione, se del caso, secondo le regole generali.

Rinviamo, per il resto, alle nozioni già date (sopra, n. 269) e agli artt. 474 e segg. del cod. proc. civ., e sorvoliamo, anche perchè si tratta di un rimedio destinato certamente a scomparire con le eventuali riforme del codice.

LA REVOCAZIONE è un rimedio straordinariissimo (cioè
290 eccezionale, anche nel senso di cui al n. 271), concesso contro tutte le sentenze di secondo grado, non contumaciali (comprendendovi quelle emanate in sede di rinvio o a seguito di opposizione di terzo; ma escluse, invece, quelle emanate a seguito di una precedente revocazione: art. 509 al. cod. proc. civ.), per i motivi così elencati nell'art. 494: 1) «se la sen-«tenza sia stato l'effetto del dolo di una delle parti a danno «dell'altra; 2) se siasi giudicato sopra documenti stati rico-«nosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza o che la parte «soccombente ignorasse essere stati riconosciuti o dichiarati «falsi prima della sentenza stessa; 3) se dopo la sentenza «siasi ricuperato un documento decisivo, il quale non siasi «potuto produrre prima per fatto della parte contraria; 4) se «la sentenza sia l'effetto di un errore di fatto, che risulti «dagli atti e documenti della causa. Vi è questo errore «quando la decisione sia fondata sulla supposizione di un

«fatto, la cui verità è incontrastabilmente esclusa, ovvero «quando sia supposta la inesistenza d'un fatto, la cui verità «è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro «caso, quando il fatto non sia un punto controverso sul «quale la sentenza abbia pronunziato: 5) «se la sentenza «sia contraria ad altra sentenza precedente passata in giudi-«cato, pronunziata fra le stesse parti, sul medesimo oggetto, «purchè non abbia pronunziato anche sull'eccezione di cosa «giudicata».

Nei casi indicati nei primi tre numeri, il rimedio è concesso altresì contro le sentenze contumaciali di secondo grado, quando siano scaduti i termini per l'opposizione e contro quelle appellabili di primo grado, quando siano scaduti i termini, sia per l'opposizione contumaciale (se ne era il caso) che per l'appello (art. 495). La ragione della disposizione, in confronto di quella dell'articolo precedente, sta in ciò: che le parti avrebbero potuto far valere i motivi di cui ai nn. 4 e 5 di quell'articolo, coi rimedii ordinarii. Se non l'hanno fatto, si considerano decadute dal farle valere anche per altra via. Quanto alle sentenze inappellabili, bisogna distinguere: quelle inappellabili dei conciliatori sono suscettibili di revocazione nei casi di cui ai nn. 1, 2, 3 e 5 dell'art. 494 (escluso il 4, perchè si ferirebbe, altrimenti, lo scopo che si è voluto raggiungere con la inappellabilità). Le altre, secondo noi, ne sono suscettibili in tutti i casi dell'art. 494.

La domanda per revocazione si propone con atto di citazione (contenente la motivazione specifica) davanti alla stessa autorità giudiziaria, che ha pronunciata la sentenza impugnata; e deve esser preceduta, di regola (come il ricorso per cassazione), da un deposito per multa (artt. 498, 499 e segg.): art. 502 del codice. Il termine è lo stesso stabilito per appellare (di regola trenta giorni: sopra n. 282). Però, «quando il titolo a cui si appoggia la domanda di revoca-«zione, sia uno di quelli indicati nei nn. 1, 2 e 3 dell'art. 494, «il termine decorre dal giorno in cui la falsità, riconosciu-«ta o dichiarata prima della sentenza, sia stata scoperta «da chi propone la revocazione, oppure dal giorno in cui

«essa sia stata riconosciuta o dichiarata, o il dolo scoperto, «o il documento ricuperato, purchè in questi casi vi sia «prova scritta, da cui risulti il giorno della scoperta o della «ricuperazione».

Il giudice adito in sede di revocazione, deve esaminare innanzitutto, e come di solito, se la domanda sia «ammissibile», per ciò che concerne la forma, il rispetto dei termini ecc. Successivamente deve esaminare se i motivi di rivocazione sussistono (sono effettivamente fondati) e, in seguito a questo esame, deve decidere se rigetta od ammette la rivocazione. In questo secondo caso, dice l'art. 507: «rimette «le parti allo stato in cui erano prima della pronunziazione «della sentenza rivocata». La legge tiene fermo, cioè, che questo rimedio straordinario in primo tempo deve portare ad una decisione sul punto: se si debba o non si debba rescindere (revocare) la sentenza impugnata. Senonchè, prosegue l'art. 508: «quando lo stato della controversia lo per-«metta, si giudica con una sola sentenza sull'ammissione «della domanda di rivocazione e sul merito della contro-«versia. In questo caso la restituzione di ciò che si sia «conseguito colla sentenza rivocata, è regolata dalla nuova «sentenza».

Evidentemente questo implica, che la parte che chiede la revocazione, può, con lo stesso atto, proporre anche le proprie ragioni e conclusioni di merito, cioè relative ai provvedimenti che essa intende chiedere, in ipotesi, in sostituzione od a modificazione della sentenza revocata. E la trattazione può estendersi, sempre per questa ipotesi, a tutta la materia. Con ciò, la distinzione tra fase di rescissione (revocazione) e fase di trattazione e decisione della causa nel suo intrinseco, cessa di essere, in pratica, una distinzione cronologica e processuale di fasi distinte, per ridursi ad una distinzione di ordine logico e concettuale.

Per la ipotesi che venga concessa la revocazione, ognuna delle parti può esercitare tutte le iniziative e le funzioni processuali di un ordinario giudizio (di primo o di secondo grado, secondo i casi).

Per il resto, crediamo di poter rinviare alle disposizioni del codice: art. 494 e segg..

L'OPPOSIZIONE DI TERZO abbiamo spiegato più addietro
291 (n. 162) in che cosa consista, chiarendo la distinzione fra i casi dell'art. 510 e quelli dell'art. 512.

È ammessa, a nostro avviso, contro qualunque sentenza, anche se sia tuttora suscettibile di altre impugnative fra le parti. Dubbio può sorgere per le sentenze appellabili, in quanto il terzo potrebbe attendere, in ipotesi, che sia proposto l'appello, ed intervenire a sensi dell'art. 491 (sopra, n. 283, in fine). Non vediamo però, perchè si debba porre a rischio il terzo di perdere (ed in fondo anche di far perdere alle altre parti), senza necessità, un grado di giurisdizione. D'altra parte, ammettendo l'opposizione contro la sentenza appellabile, bisogna anche ritenere, che debba esser sospeso il giudizio di appello (essendo messo in forse il tenore della sentenza appellata) e che il terzo possa intervenire per chiedere la sospensione.

L'opposizione deve ammettersi, secondo noi, anche contro le sentenze interlocutorie, nel qual caso però essa evidentemente non sarà sempre fine a se stessa, ma sarà piuttosto (o più spesso) un modo di intervenire nel processo pendente, cominciando a questo effetto con l'eliminare gli effetti delle sentenze che, nel seguito, potrebbero formalmente pregiudicare la possibilità dell'intervento o le sue sorti, cioè la sua pratica efficacia nella formazione della pronuncia finale.

L'opposizione si propone con atto di citazione del terzo contro le parti precedenti, davanti allo stesso giudice che ha pronunciata la sentenza impugnata (artt. 511 e 513 cod. proc. civ.). Nei casi dell'art. 512 c'è un termine, e cioè lo stesso termine stabilito per appellare (anche se l'opposizione sia proposta contro una sentenza di secondo grado): trenta giorni a contare da quello (anzi dopo quello), in cui il terzo (creditore) abbia potuto scoprire la frode (« dolo o collusione ») in suo danno. Nei casi dell'art. 510 non vi è termine (v. sopra, n. 273).

Il giudice, al quale è proposta la opposizione, dovrà al solito, esaminarne l'ammissibilità formale, e poi esaminare se è intrinsecamente fondata. In caso affermativo, procedendo logicamente per gradi, dovrà determinare, se, all'effetto di eliminare il pregiudizio del terzo, sia necessario semplicemente modificare il contenuto della precedente decisione nei suoi riguardi, oppure farne *tabula rasa*, per ridecidere da capo tutta la materia, in confronto di tutte le parti. E finalmente dovrà determinare, nel primo caso, quali siano in concreto le modificazioni da introdurre; nel secondo caso, rifare da capo tutta la elaborazione della decisione, come se fosse cassata o revocata. Nulla esclude, che tutto questo possa farsi in una unica sentenza; e, per questa ipotesi, bisognerà che le parti propongano le proprie ragioni e trattino la causa su tutti i varii punti successivi (analogamente a quel che avviene nel caso della revocazione). Però, quando la sentenza impugnata sia di secondo grado, e sopratutto se sia di merito, dovrà ponderare il giudice se, dovendo decidere in sostanza di domande nuove (quelle del terzo), che secondo le regole ordinarie non sarebbero ammissibili in appello, egli, giudice, dopo aver dichiarata ammissibile e in massima fondata la opposizione, non debba rimettere le parti in primo grado per il riesame del merito. E similmente dovrà prender norma, secondo noi, dalle regole ordinarie sui poteri del giudice di appello, nel caso in cui la opposizione o intacchi una sentenza interlocutoria oppure, pur intaccandone una definitiva, debba dar luogo, per intanto, a provvedimenti interlocutorii.

Crediamo di poter rimettere, per il resto, agli artt. 510 e segg. cod. proc. civ..

§ 34. — *Concorso di più sentenze nella formazione del titolo esecutivo e della pronuncia finale.*

IL COORDINAMENTO logico o intellettuale del contenuto
292 delle varie sentenze, pronunciate da giudici diversi, è una necessità, che può sorgere in varie contingenze, dal sistema

dei mezzi di impugnativa, che siamo venuti qui sommariamente delineando (e ci eravamo riservati infatti di riparlarne fin dal n. 223).

Non vogliamo alludere, con questo, al caso di processi estesi originariamente (od estesi di poi) a più oggetti distinti e che, per effetto di impugnative proposte o non proposte rispetto a singoli oggetti (scindibili), finiscano col dar luogo, rispetto a ciascuno, a pronuncie, a loro volta materialmente diverse e distinte. In questo caso, si viene ad avere, in fondo, uno stralcio o separazione, anche procedurale, di cause precedentemente riunite, ognuna delle quali viene ad avere le proprie sorti indipendentemente dalle altre.

Alludiamo piuttosto al caso, in cui di uno stesso oggetto siano chiamati ad occuparsi successivamente più giudici diversi. Il coordinamento interpretativo (logico, intellettuale) può divenire necessario, sia agli effetti della formazione del titolo esecutivo (per l'esecuzione processuale forzata), sia, e sopratutto, per determinare il contenuto della pronuncia agli eventuali effetti della autorità di cosa giudicata.

Agli effetti esecutivi (per cominciare da questi), il problema si presenta, quando un giudice abbia emanata una sentenza di condanna (in merito), che sia stata poi successivamente impugnata.

Se la sentenza impugnata non era già di per sè esecutiva, l'esecuzione non si potrà promuovere, se non quando sia stata confermata, servendosi, come titolo esecutivo, di quella e di questa insieme (arg. dall'art. 243 capov., reg. gen. giud.). Nel qual caso, avremo una figura di titolo esecutivo complesso fino dall'origine, e spetterà al giudice della esecuzione — sulla eventuale opposizione della parte, contro la quale si eseguisce — decidere del loro coordinamento e del loro valore complessivo, come titolo.

Se viceversa la prima sentenza di condanna successivamente impugnata, era già di per sè esecutiva (o perchè fosse sentenza di primo grado munita di esecuzione provvisoria o perchè contenesse una condanna pronunciata in secondo grado) l'esecuzione può essere iniziata, servendosi di essa sola come titolo esecutivo, e prescindendo dalle impugnative proposte. Sarà la parte contro la quale si eseguisce, che potrà opporsi alla prosecuzione della esecuzione, quando la sentenza sia poi stata successivamente riformata od annullata. E, in base alla opposizione, spetterà al giudice dell'esecuzione esaminare, se e fino a che punto la riforma o l'annullamento abbiano distrutta o modificata l'efficacia della sentenza impugnata, come titolo esecutivo. Egli dovrà procedere, a questo effetto, al coordinamento, attribuendo alla sentenza di riforma o di annullamento la prevalenza che le spetta, su quella riformata od annullata.

Quando la riforma o l'annullamento siano soltanto parziali, la esecuzione iniziata potrà esser proseguita con effetti ridotti. Quando la riforma o l'annullamento siano totali, gli atti esecutivi che siano ancora in corso, dovranno essere non solo sospesi od interrotti ma, a quanto si ritiene, addirittura annullati.

Ciò si ritiene debba aver luogo, anche quando sia sopravvenuta la riforma in appello di una sentenza di condanna di primo grado, con una interlocutoria che non ne escluda il fondamento, ma ammetta, per esempio, dei mezzi istruttorii all'effetto di deciderne (oppure quando una vicenda analoga sia seguita ad una opposizione contumaciale) e così pure quando una sentenza di secondo grado sia stata cassata con rinvio. Cosicchè se la definitiva, che poi segua, in esito allo sperimento delle prove nel primo caso e in esito al giudizio di rinvio nel secondo caso, torni a condannare o torni a confermare la prima sentenza di condanna, la esecuzione dovrà essere ricominciata da capo. Questa soluzione, comunemente accolta, lascia dei gravi dubbii rispetto a molti casi concreti e viene fatto di domandarsi, se non sarebbe più coerente al sistema, che in questi casi la esecuzione dovesse esser sospesa piuttosto che annullata, salvo che la parte interessata non ottenga o dallo stesso giudice di appello che riforma, o dal giudice di rinvio dopo la cassazione, una declaratoria espressa di inefficacia (allo stato degli atti) della sentenza precedente, come titolo esecutivo.

Quando poi la parte, che si sia servita della prima sentenza di condanna come titolo esecutivo, abbia già conse-

guito quello che, secondo la sentenza stessa, poteva pretendere, la competenza a provvedere sulle eventuali restituzioni spetterà al giudice di appello, se si trattava di sentenza provvisoriamente esecutiva; spetterà allo stesso giudice in sede di opposizione contumaciale, se questo sia il mezzo di impugnativa usato, e finalmente spetterà al giudice di cui all'art. 571, se la sentenza sia stata cassata.

293 PROBLEMI ANALOGHI sorgono, anche quando si tratti della esecuzione, in senso lato od improprio, di sentenze ordinatorie od istruttorie, che ammettano delle prove oppure che ammettano od escludano, per esempio, l'intervento di terzi ecc. Sorgono anche perchè la legge, parificando, come sappiamo, a tanti altri effetti le sentenze interlocutorie alle definitive, ha trattato formalmente alla stessa stregua l'esecutorietà di provvedimenti processuali strumentali, interni del processo, e l'esecutorietà delle sentenze di condanna, come titolo per la esecuzione processuale forzata. E le soluzioni adottate sono pertanto a loro volta analoghe.

Così, per esempio, si ritiene che, riformata od annullata una sentenza ammissiva di prove che fosse esecutiva, non solo si debba interrompere la esecuzione delle prove, ma cadano nel nulla e, cioè, perdano la loro efficacia processuale specifica, le prove raccolte.

Soltanto la enormità delle conseguenze ha indotto, in questo campo, a qualche temperamento, in contrasto con le soluzioni accolte a proposito della efficacia delle sentenze, come titolo per l'esecuzione forzata. Così, per esempio, si è dovuto ammettere che, cassata con rinvio una interlocutoria ammissiva di prove, se il giudice di rinvio torni ad ammettere la prova, che nel frattempo era stata eseguita, e rimetta le parti al primo giudice, non ci sia bisogno di ricominciare da capo, ma si possano utilizzare, per la successiva decisione del merito, le prove già raccolte.

294 ANCHE IL CONTENUTO della pronuncia finale, agli effetti della autorità di cosa giudicata, può essere che si debba raccogliere da varie sentenze, pronunciate nello stesso processo, quando siano divenute irrevocabili l'una indipendentemente dall'altra.

Può essere infatti, per esempio, che una interlocutoria, divenuta irrevocabile, contenga ed esaurisca la decisione di singoli punti (per es., il tema della proponibilità dell'azione), ma che il processo prosegua per arrivare alla decisione finale di tutto il resto (per es. del merito in senso stretto). Normalmente dovrebbe spettare al giudice, che emette le sentenze successive, raccogliere anche i risultati già fissati nelle precedenti e comporli e coordinarli in una pronuncia unica facendone, quando occorre, la interpretazione. Ma può essere che non lo faccia, in modo espresso. E allora il compito del coordinamento e della ricomposizione ad unità, resterà riservato a chi, più tardi, voglia invocare o contrastare l'autorità di cosa giudicata o al giudice, davanti al quale tale autorità venga invocata.

Qualche cosa di analogo si verificherà, quando una sentenza di merito venga in tutto o in parte confermata, dietro esame del suo contenuto intrinseco. Può essere, che la conferma sia integrale e sia pura e semplice, con adozione e approvazione degli stessi motivi, e allora si potrà dire che il titolo della cosa giudicata è formalmente complesso, ma sostanzialmente sta già tutto nella prima sentenza di merito. Può essere, che la conferma sia integrale, ma con rettificazione o correzione dei motivi. E allora non sarà complesso soltanto il titolo formale, ma cominceranno ad essere veramente complesse le fonti, dalle quali si deve derivare la sostanza della pronuncia, sopratutto se il coordinamento ad unità non sia stato fatto dal giudice in modo espresso ed integrale (« assorbente »), in occasione della conferma. E più nettamente ancora si presenterà questo fenomeno, quando una sentenza di merito sia stata parzialmente confermata e parzialmente riformata.

Naturalmente, in questa operazione di ricostruzione bisognerà procedere con criterii di ordine logico e non solo puramente di rilevazione e di giustapposizione di parti diverse, perchè la unità della pronuncia non consente contraddizioni intrinseche. Si tratterà di una ricostruzione integra-

tiva, del tutto simile a quella che deve fare il giudice, quando il suo compito lo richieda o la sua attenzione venga richiamata in proposito, con quello stesso metodo che deve adottare, per esempio, il giudice di rinvio, a seguito della cassazione di una sentenza con censura limitata a singoli motivi (v. sopra n. 287, in fine. Bisognerà quindi tener conto anche della regola, che la riforma o l'annullamento di un punto travolge quelli che ne dipendono; che, nel contrasto fra proposizioni contradditorie, prevalgono quelle contenute nelle sentenze del giudice della impugnativa su quelle contenute nelle sentenze dei giudici inferiori (anche se non vi sia dichiarazione espressa di annullamento o riforma); che nel dubbio deve prevalere la effettiva conformità alle regole del diritto e così di seguito. Il problema può essere talvolta assai delicato. Ma per i limiti della nostra trattazione, ci sembra che questo accenno sia ormai più che sufficiente.

CAPITOLO SETTIMO

GLI ATTI DI PROCEDURA COME ATTI DI ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PROCESSUALI

SOMMARIO: § 35. Nozione degli « atti di procedura ». Elementi e regime giuridico. — § 36. Disposizioni generali sulle forme e sugli schemi degli atti. — § 37. Nullità degli atti. — § 38. Cenni descrittivi dello svolgimento di un processo e dei relativi atti di procedura.

§ 35. — *Nozione degli atti di procedura. Elementi e regime giuridico.*

LA NASCITA ED IL CORSO, gli sviluppi e i risultati del
295 processo, secondo quanto abbiamo esposto finora, vengono ad essere praticamente determinati o realizzati mediante delle « attività » dei varii soggetti, le quali costituiscono « l'esercizio » (effettivo e coordinato) delle loro rispettive « funzioni ».

La legge, allo scopo di prendere e di mantenere sotto la sua disciplina tutto il fenomeno, nelle sue varie possibili vicende, prescrive, di regola, che queste attività, per divenire produttive di effetti, si concretino volta per volta in singoli « atti », conformandosi in concreto a certi schemi o figure formali, più o meno rigorosamente prestabilite in astratto. Le singole attività prendono, in tal caso, nome e carattere di: « atti di procedura » (terminologia dell'art. 338 cod. proc. civ., su cui v. più sopra, n. 216, in fine).

Preordinando in astratto queste figure formali, la legge stessa stabilisce, naturalmente, da quali soggetti, in quali

contingenze del processo e in quale coordinamento con altri atti, ciascuna di esse può o deve essere adottata; e quali elementi concreti, materiali, di contenuto, si possano inserire o versare dentro a ciascuna, e quali effetti (o meglio quali ordini di effetti) si possano connettere al suo impiego pratico.

In altri termini, viene a risultare da questa nozione, che i fattori (elementi) necessarii di ciascun atto di procedura e del suo regime giuridico, vengono ad essere i seguenti: fatto (manifestazione esterna, individuabile e riconoscibile) — volontariamente compiuto — da un soggetto del processo — con l'osservanza di certe forme — al quale (fatto) la legge (sotto quelle condizioni) attribuisce degli effetti — nel campo delle funzioni processuali — effetti varii, a seconda del soggetto che compie l'atto (e delle funzioni che gli spettano) e della significazione che questo assume, in ragione della forma e del momento processuale (tempo e coordinamento) in cui viene compiuto, e degli elementi (variabili) che il soggetto agente abbia introdotto, inserito o versato in concreto, caso per caso, dentro quella forma.

Oltre a questi fattori, generalmente necessarii in ciascun atto di procedura, la legge richiede talvolta anche il concorso di altri elementi o fattori particolari, per la produzione di certi effetti determinati (ad es. intento, volontà intenzionale e corrispondenza fra intento ed effetto). Talvolta poi, agli atti di procedura la legge annette anche degli effetti di diritto sostanziale (che si spiegano fuori del processo), e allora richiede il concorso di altri elementi, in vista di questi effetti.

Sul corso del processo possono influire anche dei semplici « fatti », indipendentemente da quel carattere di volontarietà, che è insito nel concetto stesso di « atto » o di attività. E fra questi dobbiamo far rientrare anche certi fenomeni di inerzia, come il fatto di non compiere determinati atti in determinate contingenze. Così, per esempio, sarà un atto di procedura l'appello, e sarà viceversa un fatto il non appellare (in termine). Però dei semplici fatti non possono assumere un significato ed un valore, se non in quanto si inseriscano nelle serie degli atti, cosicchè è sempre lo studio degli atti, che conserva, anche sotto questo rispetto, importanza preminente.

Può accadere altresì che dei fatti, che in sè e per sè sarebbero estranei al processo (« stragiudiziali » come si dice in pratica), possono tuttavia influire su di esso. Ma anche rispetto a questo fenomeno, converrà osservare, che, di regola, quella influenza non si spiega, se non attraverso qualche atto, con cui essi vengano presi in considerazione, od additati perchè siano presi in considerazione, nel processo. Così, per esempio, può essere, in sè e per sè, « stragiudiziale » l'accettazione di una sentenza, ma produce effetti sul corso del processo, quando sia invocata con un atto processuale, per esempio all'effetto di far pronunciare la irricevibilità di un appello.

Alla teoria delle funzioni processuali converrà pertanto, che facciamo seguire (e siamo ormai in grado di farlo senza perdere l'orientamento nel pelago delle forme) qualche brevissimo cenno sulla teoria degli atti processuali, come mezzo di esercizio di quelle funzioni.

296 Atti di procedura (nel senso che qui ci interessa) possono essere compiuti, in concreto, soltanto dai soggetti di un (dato) processo e con effetti per quel (dato) processo. Questo può dirsi per l'atto dal quale il processo sorge (citazione introduttiva), perchè proprio mentre gli dà vita, ne identifica anche i soggetti, e li pone in rapporto (processuale) fra di loro. E lo stesso può dirsi per tutti gli atti successivi, sia che concorrano a determinarne comunque lo svolgimento, l'espansione, gli sviluppi o l'esito o ne rappresentino in tutto o in parte la conclusione (pronuncie del giudice). Naturalmente, quando parliamo qui di un soggetto, intendiamo alludere alle parti in senso processuale (sopra, n. 154 e segg.) e al giudice. E consideriamo, in modo estensivo o comprensivo, come atti delle parti, sia quelli compiuti da loro personalmente, sia quelli compiuti da chi assuma (bene o male, poco importa) la loro rappresentanza od assistenza nel processo, sia quelli compiuti direttamente, sia quelli compiuti per mezzo o per ministero di altri (procuratori, patrocinatori,

ufficiali giudiziari ecc.). Consideriamo, d'altro canto, come atti del giudice (inteso questo, nel senso di cui ai nn. 86, 154, 226 ecc.) tutti gli atti dei varii organi od ufficii giudiziarii, che intervengano, in qualunque contingenza, nel processo, ed anche quelli degli ausiliarii di giustizia, di cui si servano.

Ai varii atti di procedura può essere, che intervengano o concorrano anche dei terzi o che siano anzi dei terzi, che vi assumono una posizione apparentemente principale, come, ad esempio, in una deposizione testimoniale (dato, che solo in un senso molto lato e forse improprio, il testimone può considerarsi come ausiliario di giustizia, v. sopra, n. 170). Però, dal nostro punto di vista, essi possono pur sempre considerarsi come atti del processo, perchè dipende dai soggetti del processo medesimo l'assumerli e l'acquisirli, onde vi spieghino i loro effetti (così la deposizione testimoniale in tanto spiega effetti per il processo, in quanto sia assunta dal giudice).

Se questo carattere (di essere atti compiuti dai soggetti del processo) è, per definizione, un estremo degli atti di procedura, può essere però che il modo di costituzione dell'organo o dell'ufficio, gli estremi di capacità della parte, la legittimità della rappresentanza o dell'assistenza, costituiscano soltanto degli estremi per la efficacia o per la validità dell'atto o per la produzione di determinati effetti. Possiamo limitarci, sotto questo aspetto, a richiamare qui ciò che abbiamo esposto nei capitoli precedenti, e segnatamente nel cap. II per quanto concerne il giudice e nel cap. III per quanto concerne le parti. Ciò che dicemmo allora viene ad assumere adesso, in relazione al capitolo attuale, il suo più pieno e completo significato.

297 La posizione esterna di ciascun atto di procedura deve esser data necessariamente da una manifestazione di un soggetto, rilevabile, riconoscibile, constatabile, senza di che, evidentemente, non potrebbe neppure parlarsi di un « atto ». Ed è altrettanto necessario, che precisamente da questa manifestazione esterna e in relazione alle forme che assume, la legge faccia dipendere degli effetti, a loro volta

giuridicamente caratterizzati e disciplinati. Un pensiero interno, una intenzione, un proposito non sono un atto. Ma atto di procedura non è, per esempio, neanche lo studio delle carte, che faccia il giudice o che facciano per proprio conto i procuratori, gli avvocati o le parti, perchè, di per sè, questo esercizio di attività intellettuale, o anche materiale, non è produttivo di effetti giuridici processuali. Lo diventerà di fatto, quando si rifletta poi nel contenuto di una sentenza, di una comparsa, di una arringa. Ma è soltanto a quest'ultima attività esteriore, che la legge connette degli effetti giuridicamente preveduti o disciplinati. L'atto di procedura è questo e non quello.

Le prescrizioni di forma, di cui la legge abbonda, riguardano precisamente queste manifestazioni esteriori.

Qualche volta e dentro certi limiti, le osservanze di forma sono essenziali, nel senso che senza di esse la manifestazione rimane processualmente irrilevante (inesistente, inefficace). Altre volte, le osservanze di forma sono prescritte soltanto come estremo di validità, e non di esistenza, dell'atto.

Questo è un tema sul quale dovremo tornare di proposito, nel paragrafo seguente (n. 300 e segg.).

298 Il requisito interno o spirituale degli atti di procedura, dovrebbe esser dato dalla volontà (del soggetto o di qualcuno dei soggetti, che vi concorrono) di porli in essere.

Questo requisito bisogna intenderlo, per altro, diversamente, come, del resto, già sappiamo, secondo che si tratti di atti del giudice o delle parti.

Il giudice, e in genere i singoli ufficii giudiziarii, non hanno una volontà, propria, da manifestare, nello stesso senso in cui ciò avviene per le parti. Essi non hanno infatti dei proprii interessi particolari (personali, individuali), un proprio intento da perseguire, delle proprie ragioni da far valere, come avviene per le parti (e neppure si trovano a dover perseguire degli interessi particolari, personali, individuali altrui, come avviene per i rappresentanti di persone private). Essi operano come organi dello Stato ed esercitano, come ben sappiamo, una pubblica funzione, coi

poteri che sono loro conferiti per questo scopo. Devono determinarsi pertanto ai singoli atti, secondo i dettami della legge o, quando la legge così disponga, secondo la valutazione che essi facciano delle esigenze del loro compito e dei loro doveri, in relazione alla ragione e alla finalità della loro funzione istituzionale.

Senza dubbio, a questa determinazione procederanno, volta per volta, coi loro sensi, col loro intelletto, con le loro membra corporee, le persone fisiche che compongono l'organo o l'ufficio. Ma la loro identità o individualità personale, resta di regola fuori di considerazione e, quasi diremmo, scompare, di fronte a tutti gli altri soggetti, per essere « coperta » dalla « qualità » (organica) in cui operano. Cosicchè, quando l'atto venga ad essere compiuto od emanato, deve esser considerato ormai come atto dello Stato, e soltanto come tale. Ed in quanto esso sia tale da produrre, secondo la legge, degli effetti costitutivi o assumere carattere o contenuto di comando, si potrà dire che esso opera come atto di volontà sovrana.

Ci sono bensì (e ne conosciamo ormai tanti esempii), dei singoli atti del giudice, contro i quali la legge ammette rimostranze, reclami, gravami, impugnative (davanti allo stesso organo o ad altri organi od uffici, dello stesso ordine giudiziario). Però anche il riesame, che in questo modo venga ad essere provocato, non si può concepire come rivolto contro l'operato della persona o delle persone fisiche, bensì come uno sviluppo ulteriore delle funzioni del sistema, per correggere, adeguare o migliorare, a fini di giustizia, o contenere nei limiti legittimi, l'operato dei singoli organi che lo compongono, sempre considerati come tali. Cosicchè, in questa ipotesi, si può dire, che il processo di formazione dell'atto di sovranità non era esaurito, ed anzi prosegue in dipendenza della rimostranza, del gravame o della impugnativa. Quando questo processo formativo sia esaurito, e all'atto sia stato apposto il suggello definitivo, nessuno può più sottrarsi ai suoi effetti, nè sono date altre impugnative di sorta ad organi di altro ordine, nemmeno al Re, dal quale pure simbolicamente la giustizia emana.

Da questo punto di vista, pertanto, se volessimo mettere gli atti del giudice in parallelo con altri atti, che trovino luogo in altri campi del diritto, non potremmo farlo se non scegliendo come termine di confronto gli atti amministrativi. Anche questo, però, sempre e soltanto con molte cautele; per non oscurare i rispettivi caratteri differenziali. Così, per esempio, sappiamo che il metodo logico di formazione degli atti (provvedimenti) finali del giudice, attingendo a delle premesse di diritto, ha delle caratteristiche sue proprie, che escludono o almeno limitano di solito la « discrezionalità » (sopra, parte generale fin dal n. 32), mentre questa (come libera valutazione del pubblico interesse), di solito, ha gran parte nel metodo di formazione degli atti (provvedimenti) finali amministrativi. Più sensibile può essere invece la similitudine, negli atti stromentali. Nella formazione degli atti amministrativi esercita di solito una profonda influenza la subordinazione gerarchica degli ufficii, che è esclusa invece, di regola, tra uffici giudiziarii. Gli atti amministrativi sono soggetti al sindacato dei giudici (che sono organi di altro ordine), per quanto concerne l'osservanza o il rispetto del diritto, mentre gli atti del giudice non sono soggetti, come dicevamo, ad alcun sindacato di organi estranei al sistema di cui fanno parte. Il parallelo, quindi, è ben lungi dall'essere perfetto.

Di volontà (in senso psicologico e giuridico più propriamente) può parlarsi invece a proposito degli atti di procedura delle parti.

Onde, volendo mettere in parallelo questi atti delle parti con atti che trovin luogo in altri campi del diritto, potremmo metterli a confronto non solo con gli atti diretti ad ottenere o provocare provvedimenti amministrativi, ma addirittura (e almeno sotto certi aspetti) coi negozii giuridici di diritto sostanziale. Anche qui, però, bisogna procedere con estrema cautela, e guardarsi dal trarre da questo parallelo conseguenze eccessive o precipitate.

I negozii giuridici di diritto sostanziale, nel nostro ordinamento, normalmente non sono produttivi di effetti giuridici, se non siano determinati precisamente dall'intento,

almeno empirico ed approssimativo, dell'agente, di conseguire degli effetti corrispondenti a quelli, che il negozio è idoneo a produrre secondo la legge. Che se, qualche volta, si ha la produzione dell'effetto, senza che ci sia in questo senso la volontà intenzionale (finale), ciò avviene, perchè subentra un principio di responsabilità, quando si sia fatto credere o lasciato credere ad altri che l'intento ci sia, cosicchè altri abbia potuto «far fidanza» sulla efficacia dell'atto. Ma questo, della responsabilità, è un principio, che opera solo in via sostitutiva e (almeno secondo noi) soltanto per riguardo alle legittime aspettative altrui. Le conseguenze pratiche di questo regime dei negozii giuridici, si vedono sopratutto in ciò, che, là dove non subentri il principio di responsabilità, l'atto (negozio giuridico) può essere ritenuto inesistente od inefficace, se manchi la volontà intenzionale (finale); o può essere ritenuto o dichiarato invalido, dove la formazione della volontà stessa risulti viziata da dolo, da errore, da violenza ecc.. Onde, in conclusione, si può dire, che per i negozii giuridici è normalmente ammessa la indagine sulla sussistenza e sul modo di formazione della volontà (finale), per determinarne o commisurarne la efficacia o la efficienza.

Negli atti di procedura, invece, questa indagine della volontà intenzionale (finale) è normalmente esclusa.

Basta che l'atto, in sè, sia stato « volontariamente » compiuto, perchè esso produca effetti, secondo la figura esteriore che ha assunto, fossero o non fossero questi effetti intenzionalmente preveduti, pensati o voluti, e senza che si possa indagare « come » il soggetto si sia indotto o determinato al compimento (volontario) di quell'atto. E siccome poi la volontarietà, di solito, è riconoscibile dalle caratteristiche delle manifestazioni esteriori, che la legge ha cura di prescrivere o richiedere come requisiti di forma, in conclusione possiamo dire, che, almeno nel maggior numero dei casi, ogni indagine circa la volontà del soggetto agente finisce con l'essere praticamente esclusa. Così, per esempio, quando la legge prescrive, come requisito di forma, che la discussione della causa o le istanze verbali abbiano luogo alla udienza

davanti al giudice e siano verbalizzate dal cancelliere, e, similmente, quando la legge prescrive, che le deduzioni e le conclusioni scritte siano sottoscritte, se questi estremi ci siano, come potrà dire la parte, che quelle attività sono state ... involontarie? La volontarietà, in altri termini, è bensì un estremo dell'atto, ma che questo estremo ci sia, risulta dalla forma stessa, che esso deve assumere. Nella forma stessa ve ne è il segno. Basta.

C'è bensì qualche caso eccezionale, anzi eccezionalissimo, in cui la legge ammette una indagine su elementi intenzionali interni (dolo, frode) nel comportamento processuale delle parti, non tanto per determinare se i loro atti ne siano viziati, quanto per determinare se siano « vizianti » rispetto al provvedimento del giudice, con offesa alla giustizia e con danno altrui. Così, in alcuni casi di revocazione dell'art. 494, (dolo di una parte in danno dell'altra: v. sopra, n. 290); così nel caso di opposizione di terzo per collusione, di cui all'art. 512 (collusione delle parti, in danno di terzi: v. sopra n. 291). Ma queste disposizioni di carattere singolare, se pur sono suscettibili di interpretazione logica (anche estensiva), non possono servire di base ad analogie ed ancor meno alla costruzione di un principio.

Sempre con carattere eccezionale, troviamo anche dei casi, in cui, rispetto a singoli atti di procedura, sembra trasparire nella legge una certa maggiore considerazione della volontà intenzionale. Sono questi gli atti di procedura di carattere dispositivo, per esempio la rinuncia agli atti o la delazione del giuramento decisorio. Ne vediamo il sintomo nelle regole particolari sulla capacità e sul mandato a compiere questi atti (sopra, nn. 217 e 261). Ma neppure a questi atti può applicarsi, secondo noi, integralmente il regime proprio dei negozii giuridici, cosicchè riteniamo, per esempio, che non possano essere impugnati sotto pretesto di errore.

Per errore può essere revocata o ritrattata la confessione, anche giudiziale (art. 1360 cod. civ.: v. sopra, n. 243). Ma questa non è una impugnativa dell'atto per vizio di volontà, bensì un modo di eliminarne gli effetti, in dipendenza di un vizio o difetto di informazione. Questo è ammesso per

considerazioni attinenti alla efficacia probatoria ai fini di giustizia, e quindi non abbiamo neanche in questo caso un fenomeno veramente analogo alla impugnativa di nullità.

Soltanto quando sotto la forma di atto di procedura si disponga direttamente dell'azione o dell'eccezione in senso sostanziale, si può finalmente ritenere che l'atto cada in pieno sotto il regime dei negozii. Ma allora ciò avviene, perchè la sostanza eccede la forma, e l'atto è destinato ad operare fuori del processo (v. sopra, n. 295 in relaz. al n. 218).

Il regime normale degli atti di procedura delle parti, come lo abbiamo sommariamente delineato per ciò che riguarda l'elemento spirituale interiore, rappresenta una enorme semplificazione del meccanismo del processo. Se per ogni atto di procedura fosse ammessa una indagine circa la rispondenza degli effetti all'intento e circa la formazione della volontà interiore, il processo non camminerebbe più. Però, appunto perchè questo regime viene a far predominare, in modo quasi esclusivo, il principio di responsabilità sulla considerazione del volere intenzionale, rende necessaria una ben più rigorosa disciplina delle forme. Le prescrizioni di forma, da un lato possono render avvertite le parti della importanza dell'atto e delle sue conseguenze, prima che lo compiano, e d'altro canto rendono più semplice e più agevole determinare legalmente gli effetti, in relazione al tenore estrinseco dell'atto. Sono queste stesse ragioni, che giustificano in gran parte anche la prescrizione di valersi del ministero di procuratori ed avvocati, ciò che, per lo meno, attenua la possibilità di equivoci o di errori e il pericolo che le prescrizioni di forma si risolvano in una insidia (sopra, n. 206).

OGGETTO è il termine col quale, parlando di atti o di
299 negozii giuridici in genere, si allude (più o meno compiutamente) al *quid* (che è o che appare) voluto (come elemento che si contrappone al soggetto e alla sua volontà «volente»). Negli atti di procedura, in cui predomina, come abbiam visto, la considerazione della mera «volontarietà», su quella della volontà intenzionale, dovremmo dire che oggetto, almeno di regola, è la materialità dell'atto volontario (ciò che materialmente vien detto, fatto o scritto), in quanto per i suoi caratteri e per il suo contenuto concreto assuma un significato in ordine all'esercizio di funzioni processuali (anzi più precisamente ed in concreto: di quelle funzioni processuali che spettano al soggetto agente, in quelle determinate contingenze, in cui l'atto viene compiuto).

La efficacia, o meglio la «effettività», giuridica dell'atto dipende dalla combinazione di quella materialità concreta e significativa (oggetto) dell'atto volontario, con una forma congrua (sempre in ordine a quelle funzioni processuali, che spettano al soggetto agente).

La effettività (idoneità a produrre effetti) è accordata o riconosciuta dalla legge, appunto «perchè» in questo modo possano trovare attuazione quelle tali funzioni processuali; e questa è la «causa» oggettiva dell'atto o, meglio, della sua efficacia (agli occhi della legge).

Quanto alla causa soggettiva (intento del soggetto agente, considerato come «perchè», cioè come ragione dell'atto da parte sua) non può avere di solito, rispetto agli atti processuali, quella importanza, che entro certi limiti, può avere nei negozii giuridici, per la solita ragione che qui (in questo campo) la legge collega gli effetti alla volontarietà e alla combinazione oggettiva contenuto-forma e non alla volontà intenzionale.

§ 36. — *Disposizioni generali sulle forme e sugli schemi degli atti.*

LE FORME, che per gli atti di procedura hanno dunque
300 una importanza così preponderante, sono disciplinate dalla legge con diverse serie di disposizioni. Ve ne è una prima serie di carattere generalissimo, relativa ad alcuni componenti elementari della forma, che entrano a far parte di moltissime figure di atti. Un'altra serie di disposizioni fissa i caratteri di certe determinate singole figure tipiche «nominate» di atti, che trovano ripetuto e frequente impiego nel corso di tutto il processo. La legge le disciplina una volta

per sempre, distinguendole col loro nome e quando poi, nel seguito, usa quel nome, si sa che richiama senz'altro con questo anche la figura corrispondente. Finalmente poi viene in terzo luogo una serie infinitamente più copiosa di disposizioni particolari, specifiche, che la legge dà volta per volta, seguendo per così dire passo per passo, atto per atto, e con metodo descrittivo, il processo nei suoi momenti successivi, e secondo i varii sviluppi che può avere.

Seguendo a nostra volta lo stesso ordine anche nella nostra esposizione, menzioneremo molto brevemente nel presente paragrafo le regole e le discipline della prima e della seconda serie. Poi nel paragrafo successivo daremo a nostra volta un saggio descrittivo (sebbene necessariamente parziale, esemplificativo e non completo) dello svolgimento di un processo, accennando alle caratteristiche particolari o specifiche e concrete dei varii atti successivi.

LE PRESCRIZIONI GENERALI, che la legge introduce ri-
301 spetto a singoli elementi o componenti della forma di tutti o di gran parte degli atti di procedura, possono riguardare innanzitutto il mezzo di manifestazione o di espressione. Da questo punto di vista, possiamo distinguere: atti scritti ed atti orali. Una figura in qualche modo anfibia, assumono gli atti che devono essere «consacrati» od «inseriti» in verbale (ciò che avverrà ad opera del cancelliere), perchè questi sono in origine atti orali, di cui si deve redigere per altro contestualmente una documentazione scritta, e che non assumono i loro effetti proprii, se non in quanto siano così documentati. Dalle disposizioni della terza serie possiamo desumere, che, qualche volta, la legge consente che, per un determinato oggetto, l'atto possa assumere l'una o l'altra di queste forme (orale o scritta). Qualche volta prescrive invece l'una piuttosto che l'altra, in modo tassativo. Quando la prescrizione ci sia, e la forma non sia stata osservata, l'atto o non prende vita come tale o, quanto meno, resta privo di efficacia processuale.

Così, per esempio, devono essere scritte le sentenze del giudice, scritte davanti ai tribunali e alle corti (quando

la legge non disponga diversamente) le «conclusioni» delle parti. Una sentenza orale od una conclusione presa in forma orale, quando doveva esser scritta, non hanno efficacia processuale. Il giuramento, invece, deve esser prestato oralmente: una prestazione per dichiarazione scritta processualmente non esiste. Lo stesso deve dirsi per le risposte agli interrogatorii o alle inchieste testimoniali (se la legge non disponga altrimenti, come può avvenire per i sordomuti). Però giuramento e risposte devono esser «consacrate» a verbale. Altrimenti, non possono esser prese in considerazione, come tali, e sono pertanto processualmente inefficaci (salvo valutare il fatto della mancata «verbalizzazione», secondo le circostanze).

Nell'andamento generale del processo possono prevalere le forme scritte o quelle orali. Attualmente (salvo che davanti ai conciliatori) prevalgono le forme scritte o legate alla verbalizzazione ufficiale. C'è chi auspica una inversione di criterii (e oseremmo dire, che il Signore Iddio ce ne scampi e liberi). Comunque è un problema di riforma.

Ci sono anche degli atti, che si compiono per semplici gesti (o per significativi silenzii), ma, in ordine a questi, non può raccogliersi alcuna regola generale.

Alle disposizioni sulla manifestazione o sulla espressione, sono strettamente legate quelle relative ai modi o alle forme di comunicazione o pubblicazione degli atti.

Sempre dal complesso delle disposizioni della terza serie, si può desumere che normalmente gli atti di procedura sono unilaterali, recettizii. Dubitiamo, anzi, che si possano configurare atti processuali bilaterali, nel senso in cui questa espressione si usa (bene o male) per i negozii. Anche quando la legge parla di accordo delle parti o di atti accettati, si tratta piuttosto di un concorso di atti unilaterali, che, se mai, dà luogo piuttosto ad una figura di atto complesso, che non di atto bilaterale o politerale (esempio, sopra, al n. 217). Vi sono tuttavia anche degli atti in sè per sè non recettizii, che prendono forma di una dichiarazione alla generalità (tali sono le sentenze e, di regola, i decreti del giudice; non altrettanto diremmo, in modo assoluto, delle ordinanze).

Dicendo che gli atti sono recettizii, intendiamo dire che non si perfezionano se non con una « comunicazione » (notificazione in senso latissimo e generico) ad altri soggetti. Normalmente, gli atti recettizii delle parti sono soggetti ad una duplice comunicazione: alle altri parti e al giudice, ma si tratta di comunicazione ad effetti distinti e regolata talvolta con norme diverse.

Gli atti scritti vengono normalmente comunicati, da una parte all'altra, mediante consegna di copia. Però, per questa consegna, si trovano prescritte delle formalità, or più or meno solenni e pesanti, secondo l'importanza degli effetti, che la legge attribuisce all'atto ed all'accertamento del modo e del tempo della comunicazione. La forma più solenne, è quella che si attua per ministero di ufficiale giudiziario (con ausilio o senza ausilio del servizio postale), e prende nome di « notificazione dell'atto » (scritto), in senso proprio e specifico. Questa forma è minutamente regolata per l'atto di citazione, nella serie descrittiva delle disposizioni speciali sui singoli atti processuali. Ma nelle disposizioni generali (art. 39 del codice) la legge avverte, che le stesse forme si devono adottare tutte le volte, che la legge parli di notificazione di atto, da farsi alla parte personalmente.

Quando non sia richiesta la forma solenne, la comunicazione di atti recettizii può compiersi più semplicemente, mediante consegna di copia per il tramite della cancelleria o anche direttamente, da parte a parte, in udienza o fuori di udienza. Il visto del ricevente o del cancelliere sull'originale, sta ad attestare la avvenuta consegna o la « messa a disposizione » della copia.

Forme speciali, o piuttosto equipollenti, della notificazione o della comunicazione alle altre parti, si hanno in determinati casi espressamente previsti dalle legge, mediante formalità (talvolta più simboliche, che realmente efficienti), mediante affissioni, pubblicazioni in determinati periodici ecc. (così nelle notificazioni a persone di domicilio e residenza sconosciute, ai contumaci, ecc.).

Al giudice, la comunicazione di atti scritti delle parti, avviene di regola mediante il deposito in cancelleria, che

segue, di regola, dopo che sia avvenuta la comunicazione alle altre parti.

Per quanto riguarda gli atti orali, il solo mezzo di comunicazione diretta è il compimento dell'atto, in presenza delle altre parti o del giudice. A questo effetto, la legge dà disposizioni, perchè si verifichi ufficialmente questa presenza reciproca, organizzando, per esempio, le « udienze » giudiziali, or pubbliche (per la lettura delle conclusioni scritte o per le deduzioni di conclusioni orali, per la discussione della causa ecc.), ora limitate alle parti ed al giudice o ai suoi ausiliarii (come avviene nella esecuzione delle prove ecc.).

Un atto per sua natura recettizio, non comunicato ai suoi destinatarii, non si perfeziona, come dicevamo più sopra, e quindi deve considerarsi come processualmente inesistente oppure inefficace, almeno rispetto a quel destinatario al quale la comunicazione non è avvenuta. Se, però, vi siano soltanto dei vizii nella osservanza di singole modalità legali della comunicazione, può essere che la legge lo consideri soltanto come nullo (annullabile), cioè come atto, la cui efficacia può essere ferita o distrutta da una successiva pronuncia di nullità o di annullamento (costitutiva, secondo noi) del giudice. In questo caso la nullità è di regola relativa, sanabile ecc. (su di che, v. più oltre il § 37).

Qualche volta, però, la comunicazione o la notificazione non è, come nei casi precedenti, elemento integrante di un altro atto (e senza del quale l'atto stesso non si perfeziona), bensì costituisce essa sola, in sè e per sè, un atto di procedura autonomo, con cui un certo soggetto porta ufficialmente a conoscenza delle altre parti o del giudice un atto o provvedimento non suo ma altrui (o magari anche un atto proprio, ma che fosse già compiuto e perfetto, indipendentemente da questo atto ulteriore di comunicazione, autonomo e distinto). In questo caso, evidentemente, la comunicazione o la notificazione assume una figura propria e con caratteri radicalmente diversi, anche se porti lo stesso nome, e diventa produttiva di effetti suoi proprii e a loro volta autonomi, distinti, a sè stanti. Gioverà non confondere.

Di questo ordine è, per esempio, la notificazione, che una

parte faccia all'altra, di una sentenza del giudice, che di per sè era atto già perfetto e per sua natura non recettizio, Questa notificazione è un atto autonomo di parte (mentre la emanazione della sentenza è atto del giudice) ed ha effetti suoi proprii.

Di questo stesso ordine, è anche la comunicazione di documenti (o di prove precostituite, in genere), a scopo di « produzione » in giudizio ad effetti probatorii (v. sopra, nn. 241 e 247 e segg.).

302 Il ministero di ufficiali giudiziarii, di funzionarii giudiziarii, di procuratori o di avvocati, quando sia prescritto dalla legge, come modo o tramite necessario per il compimento di un atto di procedura, può considerarsi, a sua volta, e sotto un certo aspetto, come requisito di forma. E, anche in questi casi, la mancata osservanza di questa forma porta alla inesistenza od alla inefficacia processuale dell'atto. La imperfetta osservanza (come può avvenire per la erronea scelta dell'ufficiale di cui servirsi, per difetto delle qualificazioni volute ecc.) può portare alla invalidità.

Naturalmente, quando l'atto si compia in questa forma mediata (per tramite o per ministero altrui), le altre osservanze di forma, circa i singoli atti, devono esser curate da chi ha la missione della loro esecuzione o del loro compimento. Però le conseguenze processuali delle inosservanze ricadono sulle parti, salva qualche attenuazione nei loro riguardi e salva la responsabilità per i danni e per le spese dell'ufficiale responsabile dell'errore o dell'omissione. Così la citazione è sostanzialmente atto di parte, che formalmente si deve compiere per ministero di ufficiale giudiziario, tanto che l'ufficiale stesso appare il redattore dell'atto. Fatta in qualunque altro modo, è processualmente inesistente. Gli errori di redazione o di notificazione dell'ufficiale giudiziario ricadono (con qualche temperamento) sulla parte; ma appunto per questo, egli può esser tenuto a rispondere verso di lei delle conseguenze.

Quanto al ministero dei procuratori e degli avvocati, non abbiamo che riferirci a quanto abbiamo detto più addietro

(n. 206 e segg.), anche in relazione a quanto siamo venuti ora aggiungendo e specificando.

303 Le formule sacramentali (nel senso che debbano essere usate certe determinate espressioni nel compimento degli atti di procedura, senza possibilità di equipollenti) sono pressochè scomparse dal nostro ordinamento. Sopravvivono (e sono pienamente giustificate) in qualche raro caso: per esempio per il giuramento delle parti e dei testimoni, per l'apposizione della «formula esecutiva» alle sentenze ecc.. E in questi casi, sono a pena di nullità, se non di inefficacia.

In altri casi, l'uso di formule sacramentali è bensì prescritto dalla legge, ma l'eventuale difetto è piuttosto materia di correzione. Così è a dirsi, della disposizione per cui le sentenze devono essere pronunciate nel nome di S. M. il Re Imperatore.

304 Il coordinamento degli atti processuali può dar luogo, a sua volta, a prescrizioni che, a nostro avviso, vanno strettamente collegate al regime delle forme, nel senso che può esser assimilata ad un difetto di forma, la circostanza che l'atto sia stato compiuto fuori dei termini o dell'ordine prescritto.

Normalmente l'ordine degli atti è determinato, in modo automatico, dalla funzione a cui servono e dal collegamento che ne deriva fra le varie attività. Così è automatico, che la sentenza non possa precedere la citazione e la trattazione della causa.

Tuttavia la legge, in qualche caso, ha sentito il bisogno di intervenire anche con prescrizioni di carattere formale o per assicurare la lealtà del contraddittorio o per evitare soverchie more o per dare certezza a determinati risultati, una volta raggiunti, o, infine, per ribadire e rendere più rigorose con norme legali, la osservanza di un certo ordine fra gli atti, in relazione ai loro scopi funzionali rispettivi.

A questo ordine di discipline legali, vanno ascritte le « preclusioni » processuali (di forma), che si verificano quando la legge prescrive che, compiuti certi atti, non se ne

possano più compiere certi altri, che avrebbero dovuto avere la precedenza o che essa considera intrinsecamente incompatibili con quelli già compiuti. Così, per esempio, abbiamo visto, che certe eccezioni processuali devono esser proposte «prima di ogni altra istanza o difesa» e che la accettazione della sentenza (a condizione, che sia allegata ed invocata nel processo da chi vi abbia interesse) preclude le impugnative. Ad una preclusione legale può dar luogo, come vedremo, anche la scadenza di termini.

Sempre a questo stesso ordine di discipline legali, vanno ascritti, infatti, in genere, tutti i «termini processuali». Questi si distinguono in varii tipi, a seconda del loro scopo o del loro modo di operare.

«Dilatorio» si dice un termine, quando tende a distanziare nel tempo certi atti. Di solito, è prescritto dalla legge come minimo, e può essere prescritto come termine che si calcola a decorrere da un atto precedente, o che si calcola viceversa a ritroso rispetto al momento di un atto successivo. Così, nell'atto di citazione la udienza, nella quale il convenuto è provocato («citato») a comparire in giudizio, deve essere fissata al di là di un certo termine dilatorio (minimo) legale, da calcolarsi in base alla distanza fra il luogo della notificazione e quello della comparizione (determinata a sua volta, questa distanza, in relazione alle circoscrizioni giudiziarie o alla situazione di territorii esteri rispetto a quello del Regno: art. 147 e 148 del codice). Nella esecuzione della prova testimoniale viceversa, e anche di altre prove, la comunicazione (notificazione) del giorno fissato per lo sperimento della prova va fatta un certo tempo prima di quel giorno, da calcolarsi a ritroso rispetto ad esso (es. nella prova testimoniale: dieci giorni prima).

Lo scopo è evidente, ed è di assicurare all'altra parte il tempo necessario per predisporre le proprie difese, l'«induzione» dei propri testimonii ecc..

«Finali», si sogliono chiamare invece quei termini, dentro i quali un certo atto deve o dovrebbe esser compiuto o deve essere chiusa una certa procedura probatoria, e si calcolano a partire da un atto precedente o dalla scadenza di un altro termine precedente. Questi si suddistinguono poi, secondo gli effetti che la legge connette alla loro scadenza. Si dicono «perentorii» (art. 46) i termini, scaduti i quali un atto non può più essere efficacemente o validamente compiuto. Esempio tipico: i termini per impugnare le sentenze (a decorrere dalla loro notificazione), il termine per depositare il ricorso per cassazione (a decorrere dalla scadenza del termine per la notificazione) ecc.. Si dicono «prorogabili» (art. 47) i termini, la cui scadenza avrebbe effetto perentorio, ma che possono essere prorogati con provvedimento dato d'ufficio dal giudice per esigenze di servizio oppure su istanza delle parti, anteriormente alla loro scadenza. La scadenza del termine prorogato ha a sua volta effetto perentorio. Qui, con esempio più unico che raro, la legge vuol intervenire a moderare la tendenza dei procuratori a dilungarsi eccessivamente per proprio comodo; e stabilisce che di regola per chiedere una seconda proroga occorre il consenso personale delle parti. Si dicono finalmente «semplici» o «comminatorii» i termini concessi per il compimento di un certo atto, quando la loro scadenza non ha effetti perentorii, per così dire automatici. Però, scaduto il termine, le parti possono compiere altri atti o presentare istanze di decadenza, le quali precludono il compimento ulteriore dell'atto, che avrebbe dovuto esser compiuto anteriormente. La inosservanza può produrre inoltre altre conseguenze a carico del soggetto negligente, come irrogazioni di penalità, responsabilità per spese ecc.. Comminatorio è, per esempio, il termine che venga concesso dal giudice al perito per la presentazione della sua relazione. Il perito, nel silenzio o con la adesione delle parti, può presentarla anche dopo. Ma scaduto il termine, ciascuna delle parti può proporre istanza per la sua decadenza; e la presentazione tardiva resta preclusa.

Di solito i termini sono stabiliti dalle legge (come limiti minimi o massimi). Qualche volta la legge consente anche al giudice di fissare termini comminatorii (per esempio quello del perito); rarissime volte anche termini perentorii o prorogabili (per esempio, a quel che crediamo, quello per la

integrazione del giudizio). Dove la legge non dia tale facoltà al giudice, questo può fissare dei termini, la cui inosservanza ha semplicemente delle conseguenze di fatto, che egli stesso può determinare con delle attività successive proprie (per esempio cancellare una causa dal ruolo, « spedirla » per decisione ecc.).

Finalmente ci sono dei casi, in cui la legge determina un ordine legale, formale, successivo, per cui certi atti non possono esser compiuti se precedentemente non ne sia stato compiuto un altro (nel qual caso, in un certo senso, si potrebbe dire, che è, almeno temporaneamente o transitoriamente, impeditivo, se non preclusivo, il fatto di non aver compiuto l'atto precedente). Così abbiamo visto, per esempio, che il procuratore non può compiere altri atti nel corso del processo, se non ha compiuta la formalità della costituzione (sopra, n. 207), e che non si può arrivare alla emanazione di una qualsiasi sentenza, dopo la citazione, se non sia stata compiuta una serie successiva di atti formali di impulso (sopra, n. 210).

PRESCRIZIONI FISCALI, a scopo meramente tributario e
305 non di giustizia (quando non siano addirittura di peso alla giustizia), sono poste od imposte talvolta alle parti, sotto comminatoria di inefficacia processuale o almeno di paralisi degli effetti. Ed allora, in un certo senso, si può dire (sia pure a malincuore), che finiscono con l'assumere una importanza pratica analoga ai requisiti di forma. Solo pochissime di queste prescrizioni compaiono nel codice e nelle leggi di procedura. Per lo più bisogna desumerle dalle leggi sul bollo e sul registro e dalle leggi e regolamenti speciali sui servizii giudiziarii. L'argomento appartiene piuttosto al diritto finanziario. Ricorderemo tuttavia, per modo di esempio, che le parti (se non siano ammesse al beneficio del gratuito patrocinio : sopra n. 206, in fine), devono stendere i loro atti processuali in carta munita di bollo originario e qualche volta corrispondere delle ulteriori tasse di bollo mediante apposizioni di marche, da annullarsi con timbro della cancelleria o con la data e la sottoscrizione del procuratore. Anche il giudice, anche i cancellieri, anche gli ufficiali giudiziarii devono scrivere di regola in carta bollata, ma le parti sono tenute a fornirla oppure a far un deposito in danaro per il relativo acquisto. Sulle « comparse » da comunicarsi alle altre parti, devono apporsi per ciascun foglio, e farsi annullare dalla cancelleria, altrettante marche, di valore eguale al bollo del foglio, quante sono le parti alle quali la comparsa va comunicata per copia. Si arriva evidentemente al risultato, che ogni foglio può costare diecine e diecine o centinaia di lire. E queste spese vanno poi ad aggravare il complesso di quelle, sul cui onere definitivo deve decidere il giudice in esito al processo.

Se queste prescrizioni fiscali non siano osservate, fioccano le penalità pecunarie sulle parti, sui procuratori, sugli ufficiali giudiziarii, sui cancellieri e sui giudici ; e questo è un aspetto della cosa, che non riguarda la nostra trattazione.

Ma ben ci riguarda la disposizione, secondo la quale, giudici, cancellieri, ufficiali giudiziarii ecc. devono rifiutarsi di prendere in considerazione atti, che non siano fiscalmente « in regola » col bollo, il che si traduce praticamente in una inefficacia processuale.

Similmente le parti non possono produrre in giudizio documenti, che non siano « in regola » (come si dice) con le prescrizioni della legge di registro, delle leggi sulla tassa di scambio ecc.. Il che praticamente significa, che non possono produrli, se non risulti che abbiano soddisfatte le relative tasse. E qui nemmeno il gratuito patrocinio le salva o le preserva. Anche qui, a parte che gli ufficii fiscali possono cogliere l'occasione della produzione irregolare per tassare, a parte che possono coglierne l'occasione per una distribuzione generale di sopratasse e penalità pecuniarie a parti, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziarii e giudici, più di ogni altra cosa ci interessa processualmente la disposizione, che il giudice non può pronunciare nè dare provvedimenti di sorta, sulla base di atti non « in regola ». Il che ancora una volta si traduce praticamente in una specie di inefficacia processuale delle produzioni.

Della disposizione, che non consente di far valere certe ragioni in giudizio senza dare la prova della avvenuta denuncia agli effetti di tassazione fiscale, abbiamo fatto cenno altra volta, ma questa, più che alle prescrizioni di forma, va accostata addirittura alle prescrizioni sulla procedibilità di domande o di eccezioni (sopra, n. 228).

306 FIGURE FORMALI, schematiche, nominate e definite, per il compimento di singoli atti, che posson trovar luogo in svariate contingenze del processo, si trovano disciplinate, come abbiamo accennato, nelle disposizioni generali sulle forme, ma forse in minor numero di quello, che sarebbe stato possibile e consigliabile.

Non vi troviamo disciplinate, per esempio, alcune figure di atti di parti. Eppure la stessa forma della citazione deve esser impiegata, non soltanto per la proposizione della domanda introduttiva, ma anche in altri momenti. Con atto di citazione si propongono l'opposizione contumaciale e l'appello, la revocazione e l'opposizione di terzo; con atto di citazione si promuove la fase di rinvio dopo la cassazione, e anche in altri casi torna in scena la stessa figura (ad es. per la riassunzione del processo dopo una interruzione o sospensione ecc.). Forse si è ritenuto, che la inevitabile minuzia delle varie disposizioni e la necessità di adattarle nei loro dettagli alle varie situazioni, avrebbe appesantito troppo una parte generale. Si è preferito regolare minutamente la citazione come atto introduttivo, e poi rinviare, nelle altre occasioni, a prender norma di là.

Della citazione abbiamo già parlato più volte in addietro, e ne daremo un esempio concreto in seguito.

Di frequentissimo impiego, come atto di parte, sebbene non regolato neanche questo nelle «disposizioni generali», è la «comparsa». Questo è un atto scritto, con cui le parti durante il processo propongono o svolgono le proprie domande ed eccezioni e tutte le istanze processuali o di merito, che intendano proporre al giudice, anche per provvedimenti ordinatorii, istruttorii, incidentali e stromentali in genere. La legge dispone in proposito, che l'atto debba

contenere, come è naturale, la identificazione del processo nel quale la «comparsa» si deve inserire, e quindi la indicazione dell'autorità giudiziaria, indicazione e identificazione delle parti e dei loro procuratori, indicazione del grado e della fase (cui si dovrebbe anche aggiungere la indicazione della natura civile o commerciale della causa). Questa dovrebbe costituire la intestazione o «testa» della comparsa. Poi viene il «corpo» o «testo» della comparsa, nel quale dovrebbero essere precisate in brevi proposizioni, che si chiamano «conclusioni», le istanze che si propongono al giudice, perchè decida o provveda su di esse. Queste possono essere, come abbiamo accennato, di rito, di merito, di istruttoria ecc.. Una stessa comparsa può contenere più strati di conclusioni, di diverso genere, i quali devono essere, in tal caso, logicamente ordinati in serie. Così, per esempio, un attore, il quale nella prima fase del giudizio sostenga di aver data la prova della sua domanda (di merito) proposta in citazione, «concluderà» innanzitutto «in via principale» per il suo accoglimento, chiedendo che il giudice condanni, dichiari, costituisca ecc.. Ma se abbia il dubbio di qualche deficenza delle sue deduzioni, può «concludere» ulteriormente «in via subordinata» per l'ammissione di una prova orale, che specificherà, e magari «in ulteriore subordine» per altre prove ancora o per altri provvedimenti ordinatorii. Il convenuto, a sua volta, potrà concludere, per esempio, «in via pregiudiziale di rito», affinchè il giudice si dichiari incompetente o dichiari improcedibile la domanda e, nel dubbio che il giudice non accolga queste sue eccezioni, potrà concludere subordinatamente «in merito», e qui per ordine potrà concludere, per esempio, che in via principale (sempre in merito) il giudice dichiari (sostanzialmente) improponibile la domanda, la rigetti perchè infondata o «in estremo subordine» (quando cioè non creda di accogliere nessuna delle conclusioni precedenti) ammetta delle prove, e così di seguito. Tanto l'una quanto l'altra parte normalmente concluderanno infine per le spese, chiedendo, ciascuna di esse, che siano poste a carico dell'altra parte. Questo stra-

tificarsi delle conclusioni in una stessa comparsa avverrà di frequente in pratica, per il criterio adottato dalla legge, di non destinare fasi successive e cronologicamente distinte alla trattazione delle varie questioni, ma di prescrivere invece che ciascuna parte proponga, fin dall'inizio del processo (salvo supplire in seguito, se questo sia concesso da qualche disposizione particolare), tutte le proprie istanze, eccezioni, richieste ecc., anche «in via eventuale» (criterio di ordinamento, detto, appunto, della «eventualità»: v. sopra, n. 225). Le conclusioni costituiranno veramente il nucleo essenziale della «comparsa». Esse dovranno esser accompagnate (sempre nel corpo o nel testo) dai «motivi», cioè dalla esposizione ed illustrazione delle ragioni, per cui le si propongono e le si ritengono meritevoli di accoglimento; motivi che si potranno distinguere in motivi «in fatto» e «in diritto». Le conclusioni dovranno essere tenute distinte dai motivi, ma poco importa che siano collocate prima (come una specie di teorema, di cui i motivi rappresentano la dimostrazione) o dopo (come conclusione logica dei ragionamenti che precedono). La comparsa deve esser datata e sottoscritta dal procuratore costituito in giudizio o dalla parte stessa, se questa si è personalmente costituita, là dove la legge lo consente. Essa deve esser comunicata innanzitutto all'altra parte o alle altre parti, ciò che prende nome di «scambio» delle comparse, e poi al giudice, quando debba apprestarsi a decidere. Non comunicata, essa non si perfeziona come atto processuale; non esiste. Comunicata («scambiata») all'altra parte, ma non al giudice, resta pure praticamente inefficace (il giudice non può tenerne conto). Però la parte che ne ha avuta comunicazione può sottoporla, essa, al giudice, anche se a lui non la comunichi la parte deducente o concludente, e ciò allo scopo che il giudice ne tenga conto, non come di un atto perfetto, ma come di un fatto, che può essere significativo.

Se nessuna delle parti proponga per comparsa le proprie «conclusioni», il giudice non può decidere. Se una sola «concluda», il giudice deciderà (secondo giustizia) sulle sue conclusioni.

Di solito avverrà che «scambiata» fra loro la prima comparsa, le parti sentano la necessità di rispondere o replicare con altre comparse successive («comparse aggiunte» come si dice in pratica). La legge lo consente, lasciando al giudice di presiedere a questi scambii successivi fra le parti in modo da assicurare (teoricamente) la lealtà del contraddittorio. Ed è in occasione di questi scambii successivi, che le parti procedono, di solito, alla «produzione», anche successiva o progressiva, dei documenti, dandosene comunicazione fra di loro. Poi riuniscono comparse e documenti nei rispettivi «fascicoli» di «atti» e «documenti», ed è con la trasmissione del «fascicolo» al giudice, per il tramite della cancelleria, che comunicano tutto quanto al giudice. Lo strano di questo meccanismo, come è attualmente regolato, è che il giudice deve presiedere agli «scambii» e alle comunicazioni fra le parti a scopo di «produzione», per lo più senza aver preso conoscenza di quello che «c'è dentro». Il che vuol dire: dare al processo, in questa fase, un pilota con gli occhi bendati. Materia degna di riforme, si capisce.

L'esempio pratico lo vedremo nel paragrafo descrittivo sul processo, che verrà dopo.

Atto di parte, di molteplice se non frequente impiego, nel procedimento ordinario, è anche il ricorso, atto scritto diretto al giudice, col quale si chiede la emanazione di un provvedimento (da darsi nella forma breve del «decreto», di cui diremo fra un momento), senza citazione dell'altra parte o senza necessità di provocazione dell'altra parte a «comparire», per esporre al giudice le proprie ragioni. Il ricorso deve contenere naturalmente l'indicazione dell'autorità giudiziaria alla quale esso è rivolto, l'identificazione del ricorrente, la formulazione della istanza (che qui non sempre prende il nome di «conclusione», ma vi corrisponde per la sostanza) e i motivi. È datato e sottoscritto dal procuratore (art. 50 u. c.).

Qualche volta la legge dispone bensì (o può disporre anche il giudice), che il ricorso sia «notificato» ad altre parti. E qualche volta la legge stessa accorda un termine per «con-

troricorrere », e magari dispone che possa seguire una discussione fra le parti davanti al giudice e che questo decida per sentenza. Allora il ricorso diventa una specie di surrogato della citazione per la introduzione di una fase del processo, sebbene con qualche singolarità rispetto a quella forma. Così avviene nella fase di cassazione, sulla quale non è qui il caso di entrare in particolari.

Per il compimento di atti orali delle parti e del giudice, la legge dispone il meccanismo delle udienze, della « verbalizzazione » ecc., di cui abbiamo già anticipato qualche cenno, rinviando per il resto al paragrafo successivo.

307 ATTI DEL GIUDICE, a cui la legge attribuisce delle figure formali nominate e definite, sono i decreti, le ordinanze e le sentenze.

Leggiamo nel codice (art. 50 alinea), che i provvedimenti dell'autorità giudiziaria fatti sopra ricorso di una parte, senza citazione dell'altra, hanno nome di decreti, sono scritti in fine del ricorso, e consegnati per originale alle parti, dopo trascrizione nei registri,

Il decreto è atto scritto, in forma breve. Può contenere il provvedimento senza motivazione (o con riferimento ai motivi del ricorso) o con motivazione sommaria, quando la legge lo prescriva o il giudice lo ritenga opportuno, per chiarire il senso del provvedimento. È sottoscritto dal giudice e controfirmato (di regola) dal cancelliere. I decreti sono normalmente soggetti a notificazione per mezzo di un successivo atto processuale di parte, quando la parte voglia darvi esecuzione.

Quanto alle « ordinanze », leggiamo sempre nel codice (art. 50 capov.), che i provvedimenti, che si fanno in corso di causa dai presidenti, dai giudici delegati, dai pretori, o dai conciliatori, sopra istanza di una parte, con citazione dell'altra, o d'uffizio, hanno nome di ordinanze.

Le ordinanze sono o provvedimenti orali dati in udienza e documentati a verbale, o provvedimenti scritti, che il giudice può inserire successivamente in calce al verbale medesimo, quando in udienza si sia riservato di provvedere.

Sono anch'essi provvedimenti in forma breve, come i decreti, non motivati o motivati in modo sommario. Converrà chiarire che, quando la legge dice: « sopra istanza di una parte, con citazione dell'altra », non intende dire, che ogni volta l'altra parte debba essere citata appositamente, onde sentir provvedere con ordinanza. Una citazione apposita (anch'essa in forma breve, e fatta al procuratore e non alla parte, se c'è un procuratore costituito) è necessaria soltanto quando le parti non siano o non debbano essere già presenti, davanti al giudice, per effetto del meccanismo del processo già costituito. Quando siano o debbano già esser presenti, si considerano come virtualmente già citate, anche a questo effetto. L'ordinanza viene data sulla lettura di conclusioni precedentemente prese per comparsa (« scambiata » con l'altra parte) o, se la legge lo consente, anche su conclusioni orali all'udienza. Non può esser adottata questa forma di provvedimento, se non dove la legge espressamente la ammetta o la prescriva. In genere possiamo dire, che la legge non la ammette per le decisioni di merito. La ammette per la chiusura del processo in base ad eccezioni pregiudiziali di rito, quando vi sia l'accordo delle parti, per provvedimenti provvisionali dati salvo esame successivo del merito, per provvedimenti di carattere stromentale, ordinatorio od istruttorio. Le ordinanze non sono soggette a notificazione, quando siano pronunciate in presenza delle parti o dei procuratori costituiti, il che ne fa in qualche modo un atto di carattere ricettizio. Però, se parti o procuratori non siano presenti, la parte che voglia darvi esecuzione deve provvedere alla notificazione, con proprio atto successivo.

La forma della « sentenza », infine, è la forma più solenne di emanazione di provvedimenti o pronuncie del giudice. La sentenza è atto scritto, il cui originale è materialmente formato dal cancelliere, sugli elementi forniti dall'ufficio giudicante, dopo che questo abbia deliberato nei modi di legge. Deve portare la menzione che è pronunciata in nome di S. M. il Re Imperatore; deve contenere la identificazione dell'organo, che delibera e provvede, e del suo modo di composizione al momento della deliberazione, la indica-

zione delle parti, dei loro procuratori ecc., la indicazione se la causa sia civile o commerciale. E questa costituirà la « testa » della sentenza. Segue la riproduzione delle conclusioni delle parti, sulle quali il giudice era chiamato a provvedere. Seguono i « motivi » (« in fatto » e « in diritto ») e finalmente il « dispositivo », nel quale sta il nucleo dell'atto, cioè la formulazione, in forma breve, del contenuto essenziale del provvedimento. È qui sopratutto che si manifesta il carattere di atto di comando (« volontà ») del giudice (nel senso di cui sopra, n. 298). Il che non toglie, che provvedimenti di carattere meramente declaratorio possano ricavarsi anche dai motivi, in quanto servano ad integrare necessariamente il dispositivo, o che dai motivi debba ricavarsi il vero e più pieno significato del dispositivo medesimo. La sentenza deve portare la data di deliberazione definitiva, la sottoscrizione dei componenti (o del componente unico) dell'ufficio giudicante che ha deliberato, e la sottoscrizione del cancelliere.

La sentenza non è atto recettizio. Esso si perfeziona con la lettura o l'annuncio, che il cancelliere deve dare del dispositivo, in pubblica udienza, formalità che prende nome di « pubblicazione » della sentenza, e di cui il cancelliere deve far menzione in calce all'originale. Le parti che vogliano poi dare esecuzione processuale forzata alla sentenza, invocarne contro alle parti fuori del processo l'autorità di cosa giudicata, far decorrere i termini per le impugnative, devono procedere con separato atto alla notificazione. Non è necessaria di regola la notificazione, per promuovere una fase successiva dello stesso processo, ma la sentenza dovrà esser « prodotta » nella nuova fase, per copia autentica, rilasciata dalla cancelleria.

Per la esecuzione processuale forzata, occorre, come vedremo, che la parte si munisca di una copia autentica, alla quale la cancelleria abbia apposta la « formula esecutiva » (v. la parte speciale sull'esecuzione forzata).

§ 37. — *Nullità degli atti.*

SULLA NULLITÀ degli atti di procedura la legge fornisce
308 scarse regole di carattere generale, ed anche la interpretazione giurisprudenziale e dottrinale in casi dubbii, appare debole ed incerta. Ciò non crea, per altro, eccessive difficoltà in pratica, perchè l'intuito supplisce abbastanza bene alla deficienza teorica di principii e di ragionamenti. Onde i casi dubbii, in fondo, sono abbastanza rari.

Comunque, in queste condizioni, bisognerà che ci teniamo a nostra volta molto sulle generali, per non affrontare problemi che ecederebbero, e con scarso profitto pratico, i limiti della nostra trattazione.

Secondo noi, bisognerebbe distinguere innanzitutto inesistenza od inefficacia processuale, da nullità degli atti. Si potrà parlare di inesistenza o quanto meno di inefficacia, quando la mancanza, nell'atto, di determinati requisiti abbia per conseguenza, che l'atto resti materialmente o meccanicamente improduttivo di effetti fino dall'origine, e così, per esempio, se si tratta di un atto delle parti, non possa esser preso in considerazione dal giudice; se si tratti di un atto del giudice, non possa esser invocato, nè per dargli esecuzione o attuazione nel processo o fuor del processo, nè per fondare su di esso una qualunque eccezione processuale o sostanziale di giudicato.

E, probabilmente, bisognerebbe poi distinguere inesistenza da inefficacia, nel senso che quella è intrinseca ed irrimediabile, mentre questa può anche essere transitoria, estrinseca e determinata da ostacoli o circostanze impeditive esterne, eliminabili.

Di nullità, o meglio invalidità, invece, si dovrebbe parlare, quando l'atto, sebbene mancante di certi requisiti, sia tuttavia di per sè produttivo di effetti, ma possa esser successivamente dichiarato nullo od annullato, per mezzo di un provvedimento del giudice, onde escludere la sua attitudine a produrre quegli effetti e far cadere, eventualmente, quelli che esso avesse prodotti. Nel qual caso, è soltanto il prov-

vedimento che « pronuncia la nullità », il quale opera come praticamente ostativo. Se quel provvedimento non segua, il vizio diventa irrilevante.

La distinzione, però, si complica quando, per ignoranza o per errore delle parti o del giudice, sia riconosciuto qualche effetto all'atto inesistente od inefficace, assumendolo a base o presupposto di atti processuali successivi. In questo caso si tratterà di vedere, se l'atto successivo debba essere ritenuto a sua volta inesistente od inefficace oppure semplicemente viziato, a sua volta, dalla insussistenza giuridica del presupposto e per conseguenza soltanto nullo (invalido). In massima, sembra che la soluzione prevalente sia questa seconda, suggerita piuttosto da esigenze pratiche, che non da rigore della logica.

Per esempio: una citazione non notificata dovrebbe ritenersi inesistente. Il cancelliere dovrebbe rifiutare la formalità della iscrizione della causa a ruolo; il processo non dovrebbe avere, neanche di fatto, alcun seguito, nè l'atto dovrebbe più potersi invocare ad alcun altro effetto. Ma se il cancelliere non se ne avveda, e non se ne avveda neanche il giudice (perchè per esempio l'orginale esibito è tale da trarre in inganno), cosicchè il giudice creda ad una ordinaria contumacia del convenuto e sugli atti di impulso dell'attore emetta una sentenza, non si può più dire che la sentenza sia inesistente. Sarà una sentenza nulla; e la nullità potrà esser dichiarata attraverso i successivi giudizii di impugnativa. Ma se la sentenza sia stata bene notificata e non sia stata impugnata, anche la nullità finirà con l'esser sanata.

Quali poi siano, in ciascun atto, gli elementi richiesti per la sua esistenza ed efficacia e quali richiesti invece per la sua validità, non può stabilirsi con una formula generale, ma bisogna indagarlo caso per caso, atto per atto, secondo la funzione a cui serve, secondo che gli elementi o i requisiti dell'atto risultino indispensabili a tale funzione o soltanto richiesti per il suo più corretto, leale, efficace svolgimento.

Tutto questo (e molt'altro, che si potrebbe dire su queste distinzioni) la legge lo ha messo in un fascio solo, con un'unica disposizione (che dice tutto e dice niente), cioè con l'art. 56, alinea e primo capoverso: « non può pronunziarsi « la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di « procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge. « Possono tuttavia annullarsi gli atti, che manchino degli « elementi che ne costituiscono l'essenza ».

Seguono poi delle regole legali sulle nullità propriamente dette (ma in gran parte non trasferibili al caso di inefficacia), di indubbia importanza, e che bisogna ricordare.

Innanzitutto la legge prescrive che, là dove non sia diversamente disposto, le nullità si considerino come relative. Dispone infatti l'ultimo capoverso dell'art. 56: « non può « pronunciarsi la nullità o la decadenza, se non vi sia istanza « d'una delle parti, salvo che la legge dichiari che debbano « essere pronunziate d'uffizio». E l'art. 57: «la violazione « o l'omissione delle formalità dalla legge stabilite nell'inte- « resse di una delle parti, non può essere opposta dall'al- « tra. La parte non può opporre la nullità di forma, quando « essa, o chi agisce per essa, vi abbia dato causa, o quando « vi abbia espressamente o tacitamente rinunziato ». Vi sono, però, anche delle posizioni intermedie, prevedute con disposizioni speciali. Per esempio: se il convenuto sia contumace, devono esser rilevate d'ufficio quelle nullità, che altrimenti potrebbero esser rilevate soltanto a di lui istanza o che perderebbero addirittura ogni rilevanza con la comparizione (art. 192).

Sempre allo scopo di sfrondare il processo dalle questioni di nullità, prosegue la legge disponendo (art. 58 alinea) che: « la nullità di un atto non importa la nullità degli atti « precedenti e dei consecutivi indipendenti dal medesimo ». La quale regola ha, però, una evidente importanza anche per il contrario, che se ne deriva, e cioè che la nullità si riproduce negli atti dipendenti, e li vizia a loro volta.

Finalmente ci sono delle regole, relative al tempo in cui si posson far valere le nullità e sulle sanatorie derivanti, per preclusione, da atti successivi.

Così, rispetto alla citazione, la legge dispone che le nul-

lità sono sanate dalla comparizione del convenuto, distinguendo, però: nullità della parte sostanziale dell'atto, da nullità dipendenti dal modo o dal procedimento con cui è stata eseguita la notifica (purchè, ben si intende, bene o male, sia stata eseguita). Le nullità di quest'ultimo ordine (cioè di notifica) sono sanate con effetto fin dall'origine; le prime invece (sostanziali) sono sanate soltanto a far tempo dal momento della effettiva comparizione, cosicchè, dice la legge (ma non è che una delle conseguenze): «restano salvi i diritti quesiti, anteriormente alla comparizione». Per esempio, se nel tempo intercorso tra la notifica nulla e la comparizione, si sia compiuta la prescrizione della azione, questa conserva i suoi effetti; gli interessi moratorii decorreranno soltanto dalla comparizione ecc. (artt. 145, 190 ecc.).

Queste regole, ben si intende, varranno, purchè lo stesso vizio non inficii anche le attività processuali successive. Così, per esempio, se la citazione sia stata fatta e notificata ad una persona incapace, la nullità (sostanziale) sarà sanata, se si costituisce chi deve legittimamente rappresentarla; ma se si costituisce l'incapace personalmente, non sana, perchè la nullità si perpetua anche nei suoi atti. Valgono in questa materia le regole già esposte più addietro, in un paragrafo apposito, nel capitolo «delle parti» (§ 13, n. 195 e segg.).

Se poi il convenuto, male citato, non compare, il giudice, come abbiamo detto, deve verificare d'ufficio (come può) se la citazione sia nulla e qui torna in campo la distinzione: se la nullità è sostanziale, deve dichiarare la nullità e la conseguente improcedibilità fino dall'origine. Se la nullità è soltanto di notifica, deve ordinarne la rinnovazione, fissando un termine; e soltanto quando la citazione non venga rinnovata entro il termine, deve dichiarare la nullità e la improcedibilità. Se sia stata rinnovata nel termine, la nullità è sanata.

Per gli atti di procedura successivi, la legge dispone all'art. 191: «le nullità degli atti di procedura posteriori alla «citazione sono sanate, se non siano proposte specificata-«mente nella comparsa successiva all'atto, che si vuole im-«pugnare».

Normalmente la dichiarazione di nullità dovrà avvenire per sentenza (arg. dall'art. 192). E normalmente sarà la sentenza, che provvederà a stabilirne le conseguenze. Qualche volta, ma di rado, la conseguenza sarà, che il giudice debba dichiarare la improcedibilità della domanda, declinando di conoscere del merito. Ciò avverrà, soltanto quando la nullità si perpetui fino alla sentenza, facendo venir meno una delle condizioni volute per la decisione del merito (caso della incapacità di una delle parti: sopra, n. 196). Più spesso avverrà, invece, che il giudice debba decidere sulla domanda, dopo aver dichiarata nella stessa sentenza la nullità di qualche singolo atto, ma in tal caso dovrà decidere, prescindendo naturalmente dall'atto nullo, come se non fosse stato compiuto. Così avverrà, per esempio, se dichiari la nullità della esecuzione di una prova, a meno che la legge non consenta o non prescriva (come avviene ad esempio per la perizia) la rinnovazione dell'atto nullo, nel qual caso la sentenza deve dare semplicemente le disposizioni opportune per rinnovarlo.

Qualche volta, se la rinnovazione sia consentita, può anche essere che la parte che ha compiuto l'atto nullo, di fronte alla istanza (eccezione) di nullità dell'altra parte, lo rinnovi senz'altro, nel qual caso non ci sarà più luogo alla dichiarazione di nullità per provvedimento del giudice. Oppure, se non dipenda da lei rinnovarlo, può essere che la parte consenta, che ne sia ordinata dal giudice la rinnovazione, nel qual caso il giudice, se non vi siano altre questioni in proposito, potrà provvedere per ordinanza (arg. dall'art. 192, cit.). A proposito di rinnovazione o non rinnovazione, si tenga presente, però, il disposto dell'art. 58 capov., il quale dispone: «l'atto nullo non può essere rinnovato sca-«duto il termine perentorio per farlo, salvo i casi determi-«nati dalla legge».

Quando la nullità riguardi un atto del giudice, essa può esser fatta valere soltanto con le impugnative ammesse dalla legge. Se si tratti di ordinanza, la impugnativa prenderà forma di reclamo allo stesso giudice, il quale dovrà provvedere per sentenza. Qualche volta la proposizione del

reclamo sarà soggetta ad un termine perentorio (art. 183 del codice); qualche volta termine perentorio non c'è, e il reclamo può esser proposto anche tardivamente, se non vi sia stata nel frattempo rinuncia anche tacita (acquiescenza) come nel caso di cui all'art. 209 u. cap. del codice.

Contro le sentenze, la impugnativa di nullità può esser proposta soltanto coi mezzi consentiti dalla legge, e con le conseguenze che abbiamo già vedute parlando dei mezzi medesimi (a proposito dei quali l'abbiamo veduta comparire anche come mezzo di cassazione). Questo si applica naturalmente anche ai casi, in cui la sentenza sia nulla per aver pronunciato in base ad atti a loro volta nulli, di nullità non sanata, o quando abbia erroneamente respinto delle eccezioni (istanze) di nullità, tempestivamente proposte.

Quando non vi siano più mezzi di impugnativa proponibili, la nullità è sanata (salvo naturalmente il caso di inesistenza, e cioè di sentenza meramente apparente, ipotesi che è fuori della pratica).

309 QUESTO REGIME, della nullità degli atti processuali, si differenzia evidentemente — e in modo radicale — dal regime delle nullità dei negozii giuridici. Per gli atti compiuti in corso di processo, ciò dipende dalla loro stessa natura, profondamente diversa da quelle dei negozii, e sopratutto dalla considerazione che il negozio giuridico è di per sè produttivo di effetti, come un fenomeno giuridico già perfetto, già compiuto ed autonomo; gli atti di procedura invece operano in seno ad un fenomeno ancora in corso di svolgimento, e cioè nell'interno del processo, in quanto formativo della pronuncia finale. Per le sentenze, il lor particolare regime dipende sopratutto dalla necessità di raggiungere in un certo momento la stabilità, la certezza, il consolidamento dei risultati del processo, ciò che non si otterrebbe, se le sentenze fossero ancora attaccabili, anche dopo esauriti i mezzi processuali a ciò predisposti dalla legge.

Di più, non sembra il caso di dire in tema di « generalità » sulle forme (prima e seconda serie delle disposizioni in materia) e sulle nullità. E veniamo al saggio descrittivo, che ci eravamo proposti come illustrazione della terza serie di disposizioni sulle forme (singoli atti del processo, nella loro serie cronologica: v. sopra, n. 300).

§ 38. — *Cenni descrittivi di un processo e dei relativi atti di procedura.*

LA FORMULAZIONE dei singoli atti di procedura, ci con-
310 duce ormai verso il « mestiere », che non può apprendersi compiutamente se non per « pratica » professionale; poco più servono i libri o bisogna che si riducano ad una « falsariga » dei madrigali, da dedicare al giudice « in bollo competente» Ci sono per quest'uso dei « formularii », largamente diffusi, qualcuno dei quali veramente pregevole, e sul quale si è modellata questa specie di letteratura, da più che mezzo secolo in qua. Sarebbe da sciocchi averli in dispregio. Tutto al contrario, crediamo sia venuto il momento di rinviare alla loro consultazione. E ci limiteremo a darne qui qualche saggio, soltanto per mostrare come si utilizzino al momento opportuno, in questi componimenti di letteratura un po' speciale, quegli insegnamenti che ci siamo sforzati di impartire. Sarà questo, in fondo, un esperimento di « mobilitazione », come quello col quale abbiamo chiuso anche la « parte generale » della nostra trattazione.

LA CITAZIONE cosidetta « introduttiva », è l'atto dal quale
311 bisognerà prender le mosse (sopra n. 210); e del quale soltanto gli sventati possono non ponderare l'importanza.

Prima di accingerci a dargli forma, bisognerà che ventiliamo, nella nostra mente, quali provvedimenti possiamo (secondo noi) e vogliamo chiedere al giudice, ricordando che sarebbe grave sbagliare, perchè la nostra domanda costituirà poi un limite ai suoi poteri; egli non potrà darci provvedimenti (finali, di merito) maggiori o diversi da quelli

chiesti (sopra n. 226 e nn. 84, 90, 152, 210, ecc.) e, se quelli chiesti non possa darceli, dovrà rigettare la nostra domanda per improponibilità oggettiva (sopra, n. 231 e segg., n. 67 ecc.). Questo implica, che gli si sappia prospettare anche la ragione o la cagione del chiedere (scegliendo e caratterizzando opportunamente i dati e gli elementi di fatto), perchè anche questo costituirà poi un limite ai suoi poteri. Egli non potrà darci un provvedimento fondato sopra una « causa » o cagione, diversa da quella proposta (sopra, nn. citt. e n. 64). Sarà utile, infine, che sappiam precisare per quali considerazioni di diritto, sul fondamento di quei fatti, riteniamo di poter chiedere quei tali provvedimenti. Qui il giudice potrà correggerci, se abbiamo ragionato male (sopra n. 227 e n. 224), ma non sarà consigliabile metterlo sopra una strada sbagliata, o confessare che non vediamo la strada. Naturalmente, questo contenuto oggettivo della domanda ci condurrà ad un altro esame di coscienza, non meno importante: in base a quei tali fatti, di cui vogliamo muover doglianza come di un « torto » subito, siamo proprio noi, che possiamo proporre la domanda (o in altri termini: siamo attivamente legittimati) ? E contro chi, dobbiamo chiedere i provvedimenti ai quali tendiamo (in altri termini: chi è passivamente legittimato) ? Se ci sbagliamo in un senso o nell'altro, ancora una volta andremo incontro al rigetto della domanda per improponibilità (v. sopra n. 231 e altri ivi citt.). Ci serviranno, a guidarci in questo momento critico, e sotto questi varii aspetti, le regole che abbiamo accennate o richiamate, a tempo opportuno, sulle azioni civili e sulle loro varie figure (nn. 64 e segg. e 147 e segg.).

Configurata la nostra azione, ci domanderemo quale possa essere il giudice competente: siamo noi che dobbiamo sceglierlo, secondo le regole di legge, e indicarlo nell'atto (n. 175). Se ci sbagliamo, corriamo rischio di sentirci dire dal giudice (malamente) adito, che egli non può conoscere della nostra azione (sopra, n. 165 e segg.). Ma non basta. Dovremo anche preoccuparci della « capacità di stare in giudizio », di quella nostra e di quella del convenuto (sopra, n. 194 e segg.).

Non vogliamo supporre qui di esser degli incapaci. Ma se fosse, è inutile che pensiamo di agire personalmente o senza la necessaria assistenza: il giudice dovrebbe declinare di conoscere della domanda. Se intendiamo agire per altri (« nella qualità »), ci domanderemo se abbiamo le facoltà o i poteri necessarii o, altrimenti, dovremo procurarceli, prima di muoverci (mandato speciale, se occorra; autorizzazioni, approvazioni ecc.). Quanto al convenuto, ci domanderemo se a sua volta dobbiamo farlo citare personalmente o se, per lui, dobbiamo far citare il suo legale rappresentante (« nella qualità ») o, con lui, citare chi debba assisterlo (sopra, n. 198). Non spetta a noi, invece, preoccuparci di eventuali autorizzazioni o formalità, di cui egli abbia bisogno. Ci penserà poi lui, se vuol difendersi (n. 198, in fine).

Fatte queste indagini, potremo metter la penna in carta.

Veramente, secondo la teoria della legge, non dovremmo neanche esser noi, a farlo: dovremmo piuttosto determinare quale è l'ufficiale giudiziario, a cui spetti di procedere alla citazione, raccontargli i casi nostri e quel che vogliamo ottenere, fornirgliene magari degli appunti scritti, se ce li chiede, incaricare lui di stendere l'atto e di andarlo a notificare. In pratica, però, le cose non procederanno così. È infinitamente più semplice e più sicuro, che stendiamo noi stessi l'atto o (se pensiamo, qui, di esser la parte in persona) lo faremo stendere dal nostro procuratore (che nella « tariffa » troverà, infatti, la « voce » per farsene compensare: art. 7 della tabella all. al r. d. 27 ottobre '18 n. 1774) o dal nostro avvocato, ma sempre « stilandolo », come se fosse l'ufficiale giudiziario che scrive, in persona prima. Dall'ufficiale giudiziario andremo, quando lo abbiamo steso (« in bollo » e in quel numero di esemplari che occorrono), per chiedergli di farlo proprio e di notificarlo (sopra, nn. 168, 210, 301, 306 ecc. ecc.).

Ma, per scrivere, teniamo davanti agli occhi il codice. E' l'art. 133 che deve guidarci; però ricordiamo, che l'articolo è stato scritto, quando il procedimento ordinario davanti ai tribunali era quello cosiddetto « formale »; adesso (e da tempo), anche davanti ai tribunali, è sempre quello « somma-

rio » (sopra n. 151) : la citazione, in relazione al n. 6 dell'art. 134, dovrà sempre indicare una udienza fissa per la comparizione del convenuto (art. 1 della legge sul rito sommario 31 marzo 1901). Al convenuto dovremo lasciare, nella citazione, almeno il termine dilatorio minimo a comparire, che gli spetta, e questo dovremo andarlo a cercare negli artt. 147 o 148 (sopra, n. 304). Il termine dovrà intercorrere fra il giorno della notificazione e quello dell'udienza. Se abbiamo proprio molta fretta, potremo anche farlo abbreviare nei modi degli artt. 156 del cod. proc. civ. e 189 del reg. gen. giud.. Ma prescindiamo qui da questo zelo, di scarso costrutto pratico. Nulla ci impedisce d'altra parte, se fretta non c'è, di lasciare al convenuto anche un termine più lungo. Però, se esageriamo, ed egli abbia interesse da parte sua a liberarsi dalla molestia del giudizio o a veder rigettata la domanda o a chiedere riconvenzionalmente qualche provvedimento a nostro carico, egli potrà, a sua volta, controcitarci a comparire ad una udienza anteriore a quella da noi fissata, e ciò a sensi degli artt. 1 della legge sul rito somm. e 1 e segg. del relativo regolamento.

Prendiamo dunque la penna. Ma qui, per fare a questo punto un esempio pratico ad uso di scuola, bisogna che configuriamo di fantasia un qualunque « caso » concreto, in ordine al quale supponiamo di voler promuovere il giudizio. Supponiamo dunque, che si tratti di un'azione di condanna a pagamento di somma mutuata. Competente, supponiamo che sia il tribunale, in base all'art. 84 modificato dalla legge 15 settembre '22 (sopra, n. 180), secondo il calcolo del valore di cui all'art. 72 (sopra, nn. 182 e 184). La competenza territoriale (quale tribunale del Regno ?) dovremo determinarla secondo l'art. 90 ed, eventualmente (se ci faccia più comodo, e se possiamo fidarci di realizzare la condizione voluta), secondo l'art. 91 o, se ci sia elezione di domicilio nell'atto di mutuo, secondo l'art. 95 (sopra n. 185).

Il testo (parte sostanziale) dell'atto di citazione, secon-
312 do la pratica di varie regioni (perchè lo stile letterario, se così si può chiamarlo, dei legulei è un po' diverso, da paese a paese), porterà in principio (« capo » o « testa » dell'atto) la indicazione del tribunale, che si vuol adire, e la menzione della natura dell'atto (*R. Tribunale di . . . Atto di citazione*). Ma non è necessario. Di che atto si tratti, risulterà dal suo contenuto, e quale sia il tribunale adito, dovrà pure risultare dal contesto. Potremo dunque cominciare senz'altro, scrivendo (sempre, come se chi scrive sia l'ufficiale giudiziario): « *A richiesta* » (indicazione prescritta dall'art. 191 reg. gen. giud.) « *del signor A. A.* (e qui identificheremo, in modo che non ci siano confusioni possibili, la nostra riverita persona, supponendo che la parte siamo noi e che agiamo personalmente, in proprio. Potremo dire, se occorra, per ben distinguerci: « *figlio di . .* » o « *residente a . . .* » ecc.. Se agissimo per altri, dovremmo declinare inoltre la nostra « qualità », con la fonte dalla quale ha origine, e la persona del rappresentato. Lo stesso dovremmo fare rappresentando una persona giuridica) — « *io sottoscritto ufficiale giudiziario addetto . . .* » (e qui potremo lasciar in bianco, per il momento, le qualifiche, ma bisognerà che ve le inserisca poi l'ufficiale giudiziario procedente, quando lo avremo scelto e cioè quell'ufficiale giudiziario, che figurerà anche come estensore dell'atto, indicando per lo meno a quale organo giudiziario è « addetto ») — « *premesso che . . .* » (e qui bisognerà che esponiamo « i fatti in compendio e le ragioni di diritto » di cui al n. 4 dell'art. 134). Nell'ipotesi che ci siamo foggiata, e suppondendo (per poter dare poi l'esempio, che ci proponiamo di dare, di eccezioni del convenuto), che il mutuo non sia stato fatto da noi, ma da un nostro autore, potremo dire: « (*premesso che*) *con atto pubblico rogato* « *dal notaio. . . in data. . . il signor D. C. dava a mutuo* « *all'intimato sig. N. N.* (che supponiamo sia il convenuto) « *la somma di . . . e che il Signor N. N. si obbli-* « *gava a restituirla entro . . . corrispondendo nel frattempo* « *al mutuante signor D. C. gli interessi nella misura del . . .* « *per cento all'anno, pagabili per semestri posticipati* » (così sarà

prospettato il diritto, cioè il credito, dal quale si dice poi sorta l'azione) — « *premesso che il Signor N. N. non ha mai* « *provveduto fino ad oggi al pagamento di tali interessi* » (e così sarà rappresentato il fatto di violazione o trasgressione, che dà origine all'azione) — « *ritenuto che, a seguito di ciò,* « *egli è incorso nella perdita del beneficio del termine a sensi* « *degli artt. 1175 e 1176 cod. civ. o quanto meno deve dichia-* « *rarsi risolto il contratto per suo fatto e colpa* » (e queste sarebbero le ragioni di diritto, che giustificano la domanda di condanna alla restituzione del capitale, mentre possono ritenersi già sufficientemente indicate, per implicito, quelle che giustificano la domanda di condanna al pagamento degli interessi) — « *premesso altresì che il mutuante signor D. C.* « *è venuto a morte il . . . istituendo suo erede universale il ri-* « *chiedente signor A. A.* » (e questa sarebbe la giustificazione della legittimazione ad agire dell'attore, nel « caso » che qui ci siamo inventati per modo di esempio, avvertendo che, se agisse invece lo stesso mutuante, la sua legittimazione potrebbe ritenersi, per ciò solo, già giustificata per implicito) — « *ho citato* » (così si dice di solito e forse sarebbe più esatto dire: « *cito* ») — « *il signor N. N.* » (e qui bisognerà identificare, in modo che non ci siano confusioni, la persona del convenuto: « *figlio di . . .* », « *residente a . . .* » oppure « *domiciliato a . . .* » ecc., con avvertenza, che la indicazione del domicilio o della residenza può servire di giustificazione della competenza territoriale del tribunale, quando lo si scelga a sensi dell'art. 90, e può giustificare anche la scelta dell'ufficiale giudiziario, se la citazione si faccia per suo ministero diretto e non per tramite postale) — « *a comparire avanti al Tribunale di . . .* » (e qui si indicherà il tribunale che si vuol adire, aggiungendo, se il tribunale sia diviso in sezioni, « *e a quella sezione che sarà destinata dal sig. Presidente* ») — « *alla udienza del giorno . . .* » (e qui si indicherà l'udienza, determinandola in modo, che ci sia il rispetto del termine a comparire, di cui all'art. 148) — « *per ivi, in suo contraddittorio o in sua legittima contumacia* » (quest'ultima è espressione non necessaria, ma significativa) — « *con sentenza provvisoriamente esecutiva* » (se si vuol chiedere questa provvisoria esecutorietà, di cui, sopra, ai nn. 94, 211, 271 ecc., sarà bene dirlo fin d'ora) — « *sentirsi condannare all'imme-* « *diato pagamento a favore del richiedente signor A. A. della* « *somma di lire . . . a titolo di restituzione della somma mu-* « *tuata, oltre agli interessi già scaduti e non pagati nella som-* « *ma di lire . . . e agli interessi successivi, che siano per ma-* « *turare fino al giorno dell'effettivo pagamento della somma* « *mutuata, da calcolarsi sempre nella misura del. . . per cento* « *all'anno* » (così si identificherà il provvedimento che si chiede con gli accessorii) — « *nonchè alle spese ed onorarii del giudizio* » (richiesta quest'ultima non strettamente necessaria, perchè il giudice dovrebbe provvedere, anche se non ci fosse la domanda espressa: sopra nn. 94, 263 e segg. ecc.).

La disposizione delle varie proposizioni nel contesto dell'atto potrà anche esser un po' diversa (sempre secondo il vario stile regionale); la prosa potrà essere più o meno prolissa; ma la sostanza (sempre nel caso che ci siamo configurati per esempio) sarà questa.

Potremo aggiungere la indicazione del procuratore, che ci proponiamo di far costituire per noi, la elezione di domicilio o la dichiarazione di residenza agli effetti processuali, e la dichiarazione, che saranno offerti in comunicazione certi documenti. Ma tutte queste indicazioni, sebbene figurino nel pro-memoria dell'art. 134 (fatto, come sappiamo, per la ipotesi del procedimento « formale ») non sono necessarie. A tutto questo si potrà provvedere anche dopo.

313 L'UFFICIALE GIUDIZIARIO dovrà esser scelto diversamente, secondochè si voglia far notificare la citazione per suo ministero diretto o per il tramite della posta.

Nel primo caso bisognerà uniformarsi al disposto dell'art. 175 dell'all. 1 al r. d. 28 dic. '24 n. 2271 (a pena di nullità); e quindi sarà in ogni caso un ufficiale giudiziario del luogo dove deve avvenire la notifica, distinguendo però, secondo quell'articolo, il caso di attribuzioni cosiddette « promiscue », dal caso di attribuzioni « esclusive ».

L'ufficiale giudiziario, munito dell'esemplare dell'atto, che dovrà poi servire di « originale », e dell'altro esemplare

(conforme), che dovrà servire di « copia » per la consegna al convenuto o a chi per lui (art. 135 del codice), muoverà alla ricerca del convenuto medesimo; e, dovunque lo incontri (sempre nell'ambito della circoscrizione della autorità alla quale egli, ufficiale giudiziario, è addetto), bene potrà procedere alla notificazione, consegnandogli la « copia », come si dice, « a mani proprie » (nel qual caso il convenuto, se resti poi contumace, non potrà proporre l'opposizione contumaciale contro la sentenza: sopra n. 269).

Se non trovi il convenuto in persona, dovrà farne ricerca nella « casa » o nella « sede » di sua residenza o, « se la residenza non sia conosciuta, al suo domicilio » e, se neanche questo sia conosciuto, « nella dimora », consegnando la copia a persona di sua famiglia o addetto alla casa o al suo servizio e in difetto al portinaio o ad un vicino (i quali però in questo caso dovranno assumersi l'incarico di farla pervenire, firmando l'originale) o altrimenti al podestà, nella casa comunale, osservate in proposito le disposizioni dell'art. 139. Nel caso dell'art. 140, la notificazione potrà esser fatta anche al domicilio eletto, previa ricerca « ivi » del convenuto e, in difetto, della persona o del capo dell'ufficio, presso la quale o presso il quale il domicilio è eletto.

Formalità particolari (di valore simbolico più che pratico), dovranno esser adottate, nel caso che siano sconosciuti residenza, domicilio e dimora, o in cui il convenuto non abbia residenza, domicilio o dimora, nel Regno, secondo il disposto degli artt. 141 e 142. Se però sia nota la residenza o il domicilio all'estero, la citazione potrà (anzi, secondo noi, dovrà) esser fatta « per rogatoria », secondo le convenzioni internazionali vigenti in materia. Disposizioni particolari, ci sono per i militari in attività di servizio nell'art. 143, applicandosi per questo e per i casi precedenti il disposto dell'art. 144.

Una procedura straordinaria e singolare ha luogo, quando « la citazione nei modi ordinarii sia sommamente dif- « ficile per il numero delle persone da citarsi » (citazione cosiddetta « per pubblici proclami »): art. 146. Ma questa

ipotesi sta evidentemente fuori degli esempii o dell'esempio, che stiamo facendo.

L'ufficiale giudiziario, che procede alla notificazione, deve stendere, in calce all'originale e alla copia, una « relazione di notifica » delle operazioni da lui compiute per procedervi e deve sottoscrivere il tutto e apporvi il suo sigillo (art. 134 in fine). Dalla relazione deve risultare naturalmente il giorno della notificazione (arg. 134 al. del codice), in relazione al quale va calcolato il rispetto del termine a comparire.

S'intende che, così facendo, l'ufficiale giudiziario assume la paternità putativa anche del testo dell'atto, come fosse, anche nella compilazione, atto suo proprio.

Dopo aver proceduto alle operazioni di notificazione, l'ufficiale giudiziario restituisce all'attore l'esemplare « originale », che gli è necessario per gli atti successivi.

Quando l'attore voglia procedere alla notificazione dell'atto per il tramite del servizio postale, allora deve servirsi di un ufficiale giudiziario, « addetto » alla autorità giudiziaria davanti alla quale si promuove il procedimento. Questo provvede alla spedizione per posta della copia all'« indirizzo » del convenuto (nel luogo di residenza, domicilio o dimora secondo l'ordine dell'art. 139), stendendo, in calce all'originale e alla copia, la sua relazione di consegna alla posta e sottoscrivendola per tutti gli effetti di cui sopra. A suo tempo, l'ufficiale giudiziario deve poi allegare all'atto, o consegnare anche successivamente alla parte, la ricevuta di ritorno, senza della quale la prova legale della avvenuta notificazione non si considera integrata. Dal che discende, che il termine a comparire va calcolato, in questi casi, dal giorno della consegna postale, e non dal giorno della spedizione. Tutta questa procedura non è regolata dal codice, ma dalle disposizioni, assai più minuziosamente che felicemente ideate e redatte, dell'art. 71 e segg., r. d. 28 dic. '24, n. 2271.

Gli artt. 136 e segg. del codice contengono delle disposizioni anfibie, relativamente alla citazione di incapaci e di persone giuridiche, anfibie perchè riguardano in realtà le persone, alle quali deve esser diretto o rivolto l'atto nel suo

testo, come rappresentanti od organi (o persone che incarnano l'organo) della persona citata, ma hanno una indubbia importanza, or diretta or riflessa, anche per la procedura di notificazione.

Tutto questo qui voleva esser detto, non perchè pensiamo di parlare a chi si appresti ad esercitare il ministero di ufficiale giudiziario, ma perchè la parte stessa che procede o fa procedere alla citazione, dovrà dare le opportune istruzioni per evitare nullità, e perchè le eventuali nullità ricadono su di lei agli effetti processuali (salva la magra consolazione dell'art. 49 per le spese e la eventuale, e teorica, responsabilità dell'ufficiale giudiziario per colpa). Però la legge distingue, come sappiamo, nullità della parte sostanziale dell'atto di citazione, cioè della concezione e redazione dell'atto (e formazione dei suoi esemplari), da nullità delle attività di notificazione. Le une e le altre sono confuse e messe in fascio nei quattro numeri dell'art. 145, ma distinte poi nell'ultimo capoverso e nell'art. 190 (sopra, n. 308).

Dal giorno della avvenuta notificazione (o da quello in cui si abbia per avvenuta a sensi dell'art. 144), il processo, secondo la opinione da noi accolta, « pende » (sopra, n. 210). E vediamo adesso quel che può succedere in seguito.

314 LA ISCRIZIONE DELLA CAUSA A RUOLO è, come sappiamo (n. 210 cit.), la formalità immediatamente successiva alla citazione, senza della quale (formalità) il processo non cammina. Può essere compiuta dall'attore o dal convenuto, perchè ormai l'impulso processuale è comune a tutti. Se nessuno la compia, decorre, secondo noi, la perenzione (sopra, nn. 210, 214, 215, 266).

Si compie in modo molto semplice, in cancelleria, di regola non più tardi del giorno precedente a quello fissato per l'udienza (salvo che il presidente lo permetta anche nel giorno stesso), esibendo la citazione e consegnando una « nota » di iscrizione a ruolo (ben si intende « in bollo »), contenente, con la richiesta, la indicazione degli estremi processuali della causa (parte, data della citazione, udienza

fissata, oggetto della domanda, in forma sintetica). La richiesta sarà fatta e la nota sarà firmata dal procuratore (sebbene a questo momento non sia ancora formalmente « costituito »), esibendo la « procura ». Sarà di solito quello stesso procuratore che poi « si costituirà » per la parte; ma anche se fosse un altro, non ne sorgono difficoltà. Si vedano in proposito gli artt. 214 e 215 del reg. gen. giud. e disposizioni complementari delle leggi sui servizii di cancelleria e 3 della legge sul rito sommario.

La cancelleria « iscrive » la causa sui registri (artt. 199 e 210 reg. gen. giud.). Dove vi siano più sezioni (sopra n. 171), il presidente assegnerà la causa ad una di esse (art. 210 e segg. reg. gen. giud.) e la cancelleria ne prenderà nota, facendo anche di questo le opportune registrazioni interne, e apponendone menzione sulla citazione. Il risultato di tutto questo sarà, che la causa verrà « chiamata » nella udienza fissata (o, se nel giorno indicato in citazione non vi sia udienza, verrà « chiamata » in quella immediatamente successiva: artt. 44 del codice e 246 reg. gen. giud.), davanti alla sezione a cui è assegnata (sopra, n. 210); e di ciò sarà dato avviso al procuratore iscrivente (art. 244). Il procuratore del convenuto, che ancora non risulta noto alla cancelleria, dovrà informarsene.

Le udienze pubbliche (sopra, n. 301) hanno luogo in giorni ed ore prestabilite (in un « calendario », che si suol pubblicare a principio di anno: art. 202 del reg. gen. giud.). Ogni udienza di tribunale (e qui stiamo seguendo appunto l'esempio di una causa di tribunale) si tiene in una aula della sua sede (in troppo pochi casi ahimè! potremo dire: « palazzo di giustizia ») e si divide in due fasi successive. Nella prima, siede il presidente od un giudice « f.f. », da lui designato; nella seconda, tutto il collegio; sempre con la assistenza di un cancelliere e col servizio di un ufficiale giudiziario per le mansioni d'ordine (artt. 4 della legge del 1901 sul rito sommario, 24 e segg. del relativo regolamento).

Nella prima fase, l'ufficiale di servizio, agli ordini del presidente, « chiama » progressivamente, una per una, tutte le cause che « cadono », secondo i ruoli, in quelle

udienza (art. 25 del reg. sul rito somm.), affinchè si possan compiere, rispetto a ciascuna, quelle formalità e dare quei provvedimenti, di cui ora diremo.

Così ad un certo momento, per seguire il nostro consueto esempio, sentiremo chiamare la nostra causa o, meglio, la sentiranno chiamare i nostri procuratori, che (se non vogliamo rimaner contumaci) avremo nel frattempo incaricati di esercitare per noi il loro ministero, e che dovranno esser presenti, muniti della necessaria « procura » nelle forme di legge (sopra, nn. 206, 207 e segg.).

La « chiamata » sarà fatta dall'ufficiale giudiziale di servizio, gridando in questa specie di chiassoso e indecoroso assembramento, che è la prima fase dell'udienza, nella quale si affollano nell'aula tutti i procuratori in attesa, i nomi delle parti (art. 25 del reg. sul rito somm.).

A questo momento, i procuratori si faranno innanzi e dichiareranno di «costituirsi» (ciascuno di essi per la parte che «rappresenta», nella sua rispettiva veste di attore o di convenuto), declinando i loro nomi e gli estremi della loro procura al cancelliere, che ne prende nota nel verbale («foglio») di udienza (art. 7 della legge sul rito somm.). I procuratori possono fare in questo momento la dichiarazione o elezione di domicilio per la parte, se vi sono autorizzati dalla loro procura, od esibire i relativi atti scritti della parte medesima (art. 7 della legge sul rito somm., in relaz. agli art. 159 del codice e 190 del reg. gen. giud.). Questa elezione ha effetto per la notificazione delle sentenze, degli atti di appello e degli altri atti del procedimento che non vadano comunicati o notificati al procuratore (cfr. artt. 3 e 55 del reg. sul rito sommario).

Se non si costituisca il procuratore di una delle parti, la causa dovrà esser «richiamata» almeno un'ora dopo l'apertura dell'udienza. Se non si costituisca nemmeno a questo momento, la parte sarà in istato di «contumacia»; e le altre parti potranno (anzi dovranno) « chiederne atto » in verbale, per il seguito (art. 26 del reg. sul rito sommario, in relaz. all'art. 230 reg. gen. giud.).

Ma qui vogliamo supporre, che tutti i procuratori, nella

nostra causa (... esemplificativa), si costituiscano. Si dirà allora, che (per loro mezzo) le parti stesse sono « comparse » o « costituite » in causa.

E adesso dovrebbe seguire l'istruttoria scritta della causa. Ma in pratica, ci saranno prima di tutto, e quasi sempre, dei rinvii.

315 RINVII: non c'è da illudersi, di solito, che l'istruttoria scritta avvenga, od almeno abbia inizio, nella prima udienza, nella quale vien chiamata la causa (udienza « di citazione »).

Ciascuno dei procuratori potrà chiedere, intanto, alla prima udienza un primo « rinvio » o « differimento » (salvo il caso, che sia stata compiuta la formalità del deposito preventivo dei documenti, di cui più sotto: art. 6 della legge sul rito sommmario). Il rinvio sarà accordato dal presidente (sentite le parti, cioè i procuratori) ad altra udienza, più o meno remota, con semplice provvedimento orale, di cui il cancelliere prende nota. Nella nuova udienza, e sempre nella prima parte di essa, la causa sarà nuovamente « chiamata ». Ma potrà esserci nelle stesse forme un altro rinvio, poi un secondo, un terzo... fino a cinque (art. 6 della legge sul rito somm. citato più sopra e artt. 26 e 27 del relativo reg.). Veramente, dopo la prima udienza non c'è più un «diritto» (processuale) di ciascun singolo procuratore al rinvio, senza il consenso degli altri. Se uno di loro è «pronto», per parte sua, a fare quanto sta in lui per compiere gli atti indispensabili di istruttoria scritta, può chiedere e il presidente può ordinare (a di lui richiesta) che la causa venga « spedita». Ma è nei suoi poteri discrezionali (del presidente), di accordare, ciò non ostante, il rinvio che l'altro o gli altri gli chiedano (arg. dagli artt. citt. e art. 9 della legge sul rito somm.). Questo vuol dire, in pratica, che lo concede sempre; quanto meno lo concederà, quando ricorrano gli estremi dell'art. 9 capov. legge sul rito somm.. Però, se, arrivati al quinto rinvio, nessuno dei procuratori sia «pronto» a «spedire», il presidente dovrebbe ordinare «la cancellazione della causa dal ruolo». Se uno almeno è «pronto» e glie ne faccia richiesta, dovrebbe ordinare la «spedizio-

ne», non ostante il disaccordo degli altri. Senonchè in considerazione delle circostanze, il presidente di sua autorità, o sentito, senza formalità di sorta, il collegio (al quale effetto dovrà far «richiamare» la causa nella seconda fase della udienza), può anche concedere (per «giusti» o «gravi» motivi) un sesto rinvio e poi un settimo... Un limite veramente inesorabile non c'è, salvo sempre il caso, che or diremo, del deposito preventivo dei documenti.

La «cancellazione dal ruolo», quando segua «per eccesso di rinvii» (cfr. artt. 26 e 27 del reg. sul rito somm.), non ha conseguenze eccessivamente preoccupanti. Il processo resta pendente, e resta ferma la costituzione dei procuratori; ma per arrivare a qualche decisione, le parti, o per esse i procuratori, dovranno «riportare la causa sul ruolo», cioè chiedere che sia nuovamente «iscritta» (art. 13 della legge sul rito somm.). Potrà farlo ciascuno dei procuratori di sua iniziativa e a questo scopo citerà l'altro, in forma breve, a comparire ad una certa udienza successiva, che egli indicherà, per la «riassunzione» della causa (e cioè perchè la causa, di cui nella citazione introduttiva originaria, venga istruita o decisa: art. 3 cit.). In base a questa citazione, il procuratore chiederà una nuova iscrizione, sempre nelle stesse forme della prima (con nota di iscrizione). I procuratori, però, potranno anche mettersi d'accordo fra di loro e chiedere «consensualmente» (almeno a quanto si ritiene) la nuova iscrizione (senza previa citazione), con «nota» firmata da tutti. Tutto si ridurrà alle spese di questi atti. E poi si ricomincia...

Dalla cancellazione, se non vi sia riassunzione, decorre il termine di perenzione (sopra, n. 210 e segg.).

La legge, prevedendo, con molto scetticismo, la sequela dei rinvii, ha apprestato tuttavia uno spediente, col quale ciascun procuratore può evitarla o troncarla. Lo spediente è questo: di depositare in cancelleria, prima di una udienza in cui sarà chiamata la causa, i suoi documenti (ai quali, per evitare di incappare nell'art. 9 capov. della legge, bisognerà che aggiunga almeno le proprie «conclusioni»), e notificare il deposito all'altra parte, con atto di ufficiale giudiziario (contenente anche il certificato della cancelleria dell'avvenuto deposito), avvertendo o «diffidando» di voler «spedire» la causa alla udienza fissata. La notificazione deve avvenire almeno quattro giorni (liberi) prima della udienza, in causa civile, e almeno due giorni (liberi) prima, in causa commerciale. Ciò si può fare o prima della stessa (prima) udienza fissata in citazione o prima di una qualunque udienza di rinvio. Nel primo caso però (per spedizione alla «udienza di citazione»), siccome i procuratori non sono ancora costituiti, la notificazione va fatta alla parte personalmente, salvo il caso, in cui chi fa il deposito sia il convenuto e l'attore già abbia indicato in citazione (sebbene non sia necessario) il suo futuro procuratore. Nell'altro caso (spedizione ad una udienza di rinvio) la notificazione va fatta al procuratore costituito (su tutto questo: artt. 5 della legge sul rito somm. e 13 segg. del relativo reg.).

Ma supponiamo, adesso, che i nostri procuratori, per un verso o per l'altro, si decidano a provvedere alla istruttoria scritta.

Bisognerà, come sappiamo, che «producano» i documenti di cui si vogliono servire, e «scambino» fra loro le «comparse».

316 «PRODUZIONE» dei documenti: a questo effetto bisogna che la parte che vuol produrre, «comunichi» innanzi tutto all'altra i suoi documenti. Al tribunale andranno poi dopo, con la consegna (come vedremo) dei fascicoli (sopra, n. 241).

La comunicazione può avvenire mediante deposito in cancelleria, notificato al procuratore avversario (anche senza forme solenni, quando non si tratti di acquisire il «diritto alla spedizione»: v. sopra), perchè se li vada a studiare (arg. dagli artt. 8 u. c. e 9 della legge sul rito somm.). Può avvenire mediante esibizione diretta, e senza formalità, ad una (qualunque) delle udienze, in cui viene chiamata la causa (arg. dall'art. 8 della stessa legge). Può avvenire anche fuori di udienza, direttamente da procuratore a procuratore (art. 20 del reg. sul rito somm.). Ciascuno di questi, però, può chiedere al presidente, in una (qualunque) delle

udienze, che ordini il deposito in cancelleria per poterli studiare, se il procuratore che produce, non preferisca affidarglieli a questo scopo e dargliene copia (semplice, senza formalità). Quando sono depositati in cancelleria, ciascuno può esaminarli e chiederne copia autentica (artt. 5 della legge, e 22 e 23 del reg. sul rito somm.).

La parte (e, per essa, il procuratore che produce) ha interesse (e avrebbe processualmente anche il dovere, oltre che l'onere) di far risultare al tribunale (quando gli trasmetterà poi i documenti, consegnando il fascicolo) di aver fatta tempestivamente la comunicazione prescritta, all'altra parte. Se la comunicazione vien fatta per mezzo della cancelleria, la dimostrazione può risultare dall'avviso di deposito, notificato. Altrimenti può risultare dal «visto» dell'altro procuratore sull'elenco, che sarà inserito nel fascicolo. Meglio dovrebbe il procuratore inserirne un elenco anche nelle comparse, nel qual caso il «visto» dell'avversario sulla comparsa, sta a comprovare anche la avvenuta comunicazione (v. gli artt. citati sopra).

Il tribunale non dovrebbe prendere in considerazione documenti, che non risultino regolarmente comunicati (art. 11 della legge sul rito somm.).

317 LE COMPARSE sono gli atti scritti nei quali le parti formulano e motivano, come sappiamo, «le deduzioni» e le istanze, sulle quali il tribunale dovrà poi (collegialmente) deliberare (sopra, n. 306).

Il tribunale non può provvedere, se non su istanze che siano state proposte per iscritto in questa forma (arg. dall'art. 162 del codice, sebbene dettato per il procedimento formale; artt. 8 e segg. della legge e 29 del reg. rito somm.).

E, di regola (cioè: se la legge non disponga diversamente, come avviene, ad esempio, per i semplici rinvii: v. sopra), non può altrimenti provvedere neanche il presidente (o il giudice delegato), nell'esercizio delle attribuzioni, che gli sono deferite.

Anche le comparse devono essere prima comunicate all'altra parte (cioè al procuratore), e poi andranno, a suo

tempo, al tribunale con la consegna dei fascicoli (sopra, n. 306 cit.).

La comunicazione può avvenire per notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario (ma ormai non lo si usa più, se non qualche volta, eccezionalmente, per notificare, per esempio, in questa forma, la produzione di documenti oppure dichiarazioni dispositive o deduzioni di particolare importanza, come la rinuncia agli atti, la rinuncia a conclusioni già prese ecc., nell'intervallo fra una udienza e l'altra). Di solito, avviene per consegna diretta di copia da procuratore a procuratore, all'udienza o anche fuori di udienza, nel qual caso il «visto» del procuratore avversario sull'originale, sta a comprovare, che ha ricevuta la copia. Può farsi anche mediante deposito in cancelleria, notificando l'avvenuto deposito (cfr. artt. 8 della legge e 29 del reg. sul rito somm.).

Questo, quando tutte le parti siano «comparse» (costituite) in causa. In caso di contumacia, vi sono delle disposizioni particolari, che andrebbero considerate a parte, ma che non arriveremo a vedere in questa nostra descrizione, non meno esemplificativa che incompleta.

Sulla forma e sul contenuto delle comparse, abbiamo già date notizie (sopra, n. 306). Ma, per farne applicazione, riprendiamo il «caso», che abbiamo preso per esempio più sopra, e mettiamoci adesso, piuttosto che nei panni dell'attore, in quelli del convenuto.

Il convenuto ha ricevuta la citazione, si è costituito o sta per costituirsi per mezzo del suo procuratore, studia con lui la possibilità di una difesa.

A questo scopo, bisogna evidentemente che esamini la citazione con occhio critico, per vedere se abbia dei punti deboli, in cui la si possa attaccare. Questi potranno trovarsi nelle condizioni, richieste per la valida e regolare costituzione del processo (pregiudiziali di rito) o in quelle di proponibilità dell'azione (pregiudiziali di merito) o nel merito in senso stretto. E ce ne possono essere di tutti i generi, in uno stesso caso.

Il convenuto avrà interesse veramente legittimo, a rilevare tutti i vizii o difetti di costituzione del processo, per

non esser costretto a litigare in condizioni più difficili, oppure a rischio di litigare inutilmente sul merito (per andar poi incontro ad una sentenza che declini viceversa di decidere: sopra, nn. 152, 175, 196, 213, 228 ecc.). Potrà avere (purtroppo) un interesse di fatto in questo senso, per tirare in lungo le cose e stancare l'avversario. Avrà interesse veramente legittimo a sollevare, ben si intende, tutte le eccezioni (pregiudiziali o « di fondo »), anche nel merito (sopra, nn. 68, 226, 235 ecc.). Avrà interesse infine, per lo meno di fatto, a rilevare tutte le difficoltà di prova, in cui si possa trovare l'avversario, e a non alleviargliele (sopra, n. 236 e segg.).

Con queste lenti, se non è uno scemo, nè un santo od un eroe, il convenuto guarderà la causa. E tutte le sue eccezioni potrà proporle — tutte, ma in ordine logico — fin dalla sua prima comparsa. Anzi avrà interesse a proporle, perchè qualcuna può restar preclusa, se non la propone subito (es. sopra, n. 229 ecc.). E qualche altra potrà riuscire pregiudicata di fatto, se l'attore riesca a far « spedire » la causa senza altri rinvii (sopra, n. 68, 227 ecc.). Tutto questo senza contare, che le eccezioni tardive, hanno sempre su di sè l'ombra di un sospetto di artificio o di mala fede.

Quando la parte e il procuratore, magari con l'ausilio di un avvocato, abbiano maturato il piano, il procuratore o l'avvocato prenderanno a loro volta la penna.

La comparsa si aprirà, come sappiamo, con una intestazione, che nello stile di uso (e sempre nel «caso» preso ad esempio) prenderà questa forma (cfr. art. 200 reg. gen. giud. e arg., per il seguito dell'atto, dagli artt. 162 e 172 capov. del codice e 221 del reg. gen. giud., togliendone, però, quanto riguardava soltanto il defunto rito formale): «*R. Tribunale di ... — Nella causa*» (e qui si dovrebbe dire, secondo che si pensa, *civile o commerciale*) «*promossa dal signor A. A.*» (identificazione dell'attore), «*rappresentato dal procuratore ... ed elettivamente domiciliato in ...*» (questo ben si intende semprechè sia già avvenuta la costituzione e l'elezione) «*— attore — contro il signor N.N.*» (identificazione del convenuto) « *rappresentato dal procuratore ...*» (identificazione del procuratore) «*ed elettivamente domiciliato in ...*»

(semprechè il convenuto abbia creduto di fare questa elezione) «*— convenuto*» — « *Comparsa conclusionale per il convenuto signor N. N.*».

Seguiranno, secondo lo stile solito (e più consigliabile), i motivi «*in fatto*» e poi quelli «*in diritto*», che si potranno però anche conglobare «*in fatto e in diritto*», e poi le «*conclusioni*» (sopra, n. 306).

La distinzione fra motivi e conclusioni, è essenziale per la importanza particolare, che hanno le conclusioni. Quanto alla distinzione tra «fatto» e diritto», che pure la legge menziona, ha assai più scarsa importanza, e non può mai corrispondere esattamente al significato, che dovrebbero avere queste rubriche, rigorosamente intese (nel senso di cui sopra al n. 221).

In fatto, si dovrebbero esporre prima o poi — ma necessariamente — le vicende («storia procedurale») della causa, le quali vicende, al punto in cui siamo nel nostro esempio, saranno assai semplici, ma diventeranno sempre più complesse, a mano a mano che la storia si allunghi. Bisognerà dire dunque, prima o poi, che: «*con citazione uff. «giud... in data... il Signor A. A. conveniva il signor N. N. «davanti a questo Tribunale*» (per ampollosità tradizionale il Tribunale sarà sempre Ill.mo, la Corte di appello sarà sempre Ecc.ma; e quella di Cassazione, a suo tempo, sarà per lo meno Ecc.ma e Suprema, sempre con gran sfoggio di maiuscole), «*esponendo che* ecc. ecc.». Di solito, e sempre nel «fatto», si dirà quale è la versione, che dà la parte «concludente», delle circostanze, che hanno dato origine al litigio («antefatto della causa), se questa versione diverga (come di solito) da quella avversaria. Nei motivi cosiddetti di «diritto», si illustreranno e si discuteranno, invece, i punti controversi (anche se i punti controversi non siano propriamente di diritto, ma di procedura, di antefatto o di prova).

Il «comporre» la comparsa, in tutta questa parte, è problema di abilità e di attitudini, polemiche, retoriche ecc.. Non è il caso che ci soffermiamo di più.

Maggiormente ci interessano le conclusioni, le quali (per

il convenuto, nel nostro esempio) si potrebbero introdurre con questa formula molto semplice: « *Per questi motivi, il* « *sottoscritto procuratore nell'interesse del signor N. N., chiede* « *che il Tribunale* . . . » Con la ampollosità consueta di solito si preferisce scrivere: « *piaccia al Tribunale Ill.mo di* . . . » (sebbene al tribunale non debba piacere o non piacere niente, se non compiere semplicemente il proprio preciso dovere di giustizia).

Le conclusioni, secondo una pratica assai diffusa, e che ha qualche ragion d'essere, saranno precedute dalla clausola prudenziale; « *ogni altra diversa istanza, conclusione ed eccezione reietta* » (od altra formula equivalente), la quale genericamente significa, che il convenuto non ammette niente e chiede (anche senza maggiore specificaziene), che siano rigettate tutte le attuali ed eventuali conclusioni dell'attore, anche se per il loro rigetto sia prescritta una istanza od una conclusione di parte. Poi seguiranno le conclusioni specifiche, graduate secondo l'ordine della loro rispettiva pregiudizialità, logica e giuridica (sopra, n. 306). Supponiamo, nel nostro solito esempio, che il convenuto abbia da opporre eccezioni di procedura e di merito. Dirà (riprendendo), per esempio, così: « *chiede che il Tribunale*: — *pregiu-* « *dizialmente, in rito* : *dichiari la propria incompetenza per ter-* « *ritorio* » (nel qual caso dovrà aver spiegato nei motivi che egli N. N., convenuto, non ha domicilio, nè residenza in quella circoscrizione, ma altrove, e che non vi ha neppure eletto domicilio ecc.) — « *subordinatamente, e sempre in rito:* « *dichiari improcedibile la domanda, perchè l'attore non ha pro-* « *dotto il certificato di denunciata successione,* (eccezione in sè stessa fiscale, ma che impedisce al giudice di conoscere) — « *in ulteriore subordine dichiari improponibile la domanda per-* « *chè non sussiste che il signor N. N. sia erede universale del* « *sig. D. C.* » (eccezione di improponibilità della domanda, per difetto di legittimazione attiva: pregiudiziale di merito, della quale saranno state spiegate le ragioni nei motivi) — « *gradatamente ed in ulteriore subordine*: *rigetti in merito* « *la domanda* . . . » (e qui pure bisognerà che ci sia nei motivi la spiegazione della domanda di rigetto, per es., perchè

si dica che non fu numerato il danaro, che il debito fu pagato o che è estinto per compensazione, che fu promessa una proroga ecc. — eccezioni di merito, prevalentemente di fatto) — « *quanto meno la rigetti per ciò che concerne la resti-* « *tuzione della somma capitale* » (questa sarà l'estrema subordinata di merito, perchè limitata soltanto ad una parte della domanda avversaria — e a questo proposito si potrà sostenere nei motivi, che il mancato pagamento degli interessi non determina la decadenza dal beneficio del termine, nè la risoluzione del contratto: eccezione di merito prevalentemente di diritto).

La serie delle conclusioni subordinate potrebbe essere anche più lunga. Ma, a scopo di esempio, ci pare che basti. Una sola cosa, converrà aggiungere ancora: il nostro convenuto, studiando la serie delle sue eccezioni, dovrà ricordarsi dell'interesse di provare e dell'onere della prova (sopra, n. 229 e 236 ecc.). Qui il nostro convenuto ha eccepito, « in rito», di non avere domicilio nè residenza nella circoscrizione. Per quanto su questo punto non abbia onere legale di prova in senso proprio, avrà interesse di fatto a fornire degli elementi di convinzione al giudice (sopra, n. 229 cit.). Potrà aver prodotto dei documenti, ma può anche essere che gli giovi in proposito una prova orale. Onere di prova avrà comunque (sopra, n. 236), se eccepisca in merito, che non fu numerato il danaro (purchè ciò non risulti dal rogito, nel qual caso non avrebbe altro rimedio che la querela di falso: sopra, n. 248), oppure se eccepisca che il debito è estinto, che gli fu promessa una proroga ecc.. Anche qui potrà giovargli una prova orale (sopra, n. 242), mentre onere di prova non c'è, per l'ultima subordinata, che è tutta di diritto (sopra, n. 235). Volendo offrire, in ordine a questi punti di fatto, per esempio, una prova testimoniale (sopra, n. 256), bisognerà che il nostro convenuto prosegua la serie delle subordinate, e aggiunga: « *In quanto* « *occorrer possa, in estremo subordine* » (e questo vuol dire: « se il tribunale non creda di poter accogliere le precedenti « conclusioni, senza bisogno di prove orali») — « *ammetta, in* « *tutto od in parte, la seguente prova per testi* : 1) *Vero che*

« *da oltre... anni il signor N. N. ha abitato ed abita costan-* « *temente nella sua villa di . . . in . . .* » (cioè in altra circoscrizione) « *dove tiene anche la amministrazione dei suoi beni* ecc. » (e questo capitolo sarà coordinato alla eccezione di incompetenza); « 2) *Vero che il signor D. C., nè all'atto della* «*stipulazione del rogito nè precedentemente, versò la somma di* «*lire . . .* »; oppure; « *Vero che in occasione di un reciproco* « *rendimento di conti avvenuto* ecc. *il signor D. C. risultò de-* « *bitore del sig. N. N. della somma di lire . . . a titolo di . . .* « *e si riconobbe di pieno accordo fra le parti, che rimaneva con* « *ciò estinto il debito del signor N. N., risultante dal rogito* « *di mutuo* ecc. ecc. » (e questo capitolo od altri eventuali dello stesso genere — bene o male formulati — saranno coordinati alla eccezione di estinzione del debito). La comparsa del nostro convenuto, chiuderà le serie delle conclusioni dicendo: « *In ogni caso condanni (il Tribunale) il* « *signor A. A. al pagamento di tutte le spese ecc.* » (o più brevemente): « *con vittoria di spese ed onorarii* »: sopra, nn. 94, 263 ecc.) Non potrà chiedere la provvisoria esecuzione per le spese (sopra, n. 271). Non è escluso invece (ma sarà improbabile, che vi abbia interesse), che il convenuto chieda, sempre in subordine, la provvisoria esecuzione per il caso di ammissione delle prove (sopra, nn. 211, 271 cit. ecc.).

La comparsa si chiuderà con la data e la firma del procuratore.

Non daremo qui lo schema di una possibile comparsa dell'attore per l'ipotesi di uno « scambio » simultaneo, perchè in questa ipotesi l'attore, ignorando le eccezioni del convenuto, avrà poco di più da dire, di quel che abbia detto in citazione.

Ripeteremo piuttosto (sopra, n. 306), che l'attore che riceva — prima o poi, simultaneamente o meno — una comparsa del convenuto, del tipo di quella sopra esemplificata, sentirà il bisogno di replicare e, se la comparsa gli sia stata data soltanto in udienza o anche prima, ma senza che abbia avuto il tempo ragionevolmente necessario per preparare la replica, avrà un « giusto motivo » di ottenere un rinvio, per prepararla e comunicarla. Potrà ancora produrre

nuovi documenti (per es. per dimostrare la residenza del convenuto o la avvenuta denuncia della successione); potrà con una « comparsa aggiunta » dedurre a sua volta delle prove orali; sostenere, che le prove orali dedotte dal convenuto sono inammissibili (e nell'esempio fatto avrebbe qualche motivo per sostenerlo, per lo meno quanto al capitolo relativo alle eccezioni di merito) oppure sono inconcludenti ecc. ecc.. Il convenuto, di fronte alla « comparsa aggiunta », contenente nuove conclusioni, potrà contro-replicare con una ulteriore « comparsa aggiunta » da parte sua, chiedendo a sua volta, se sia necessario, altro rinvio (v. su tutto questo sopra, n. 306 e cfr. artt. 6 della legge sul rito somm. e 29 del relativo reg.).

Finalmente, si arriverà ad una udienza, in cui le parti avranno ormai . . . « vuotato il sacco » (come si dice volgarmente) o in cui il presidente neghi ulteriori rinvii; e allora il presidente stesso nella prima parte dell'udienza disporrà, che la causa sia « richiamata » nella seconda parte dell'udienza stessa (quando cioè in udienza sieda tutto il collegio), per essere « trattata » o « discussa » e passare quindi « in decisione », ciò che si suol chiamare, in pratica, « spedizione della causa » (artt. 4 della legge sul rito somm. e 29 u. c. del reg.).

Per arrivare alla spedizione, il presidente potrà anche nominare un « giudice relatore » per la discussione, rinviare la discussione stessa e la « spedizione » ad altra udienza (artt. 5 e 9 della legge sul rito somm.) e ordinare alle parti di consegnare al cancelliere i loro fascicoli di atti e documenti, affinchè il « relatore » possa prepararsi a riferire in quella udienza (art. 46 del reg. sul rito somm). Questa forma di trattazione orale sarebbe assai utile, ma è scarsamente usata.

Teoricamente (sebbene, in pratica, avvenga di rado, e, nel caso preso ad esempio, sia praticamente quasi impossibile) può verificarsi anche un'altra ipotesi: quella dell'« accordo » delle parti, e per esse, dei loro procuratori, su di una conclusione pregiudiziale, ordinatoria od istruttoria, nel qual caso il presidente stesso potrà provvedere per ordi-

nanza (artt. 12 legge sul rito somm., 34 e 35 e segg. del relativo regolamento, in relazione agli artt. 181 e segg. e 206 e segg. del codice sul rito formale ecc. e v., sopra, nn. 230, 211 ecc. e, sulla forma dell'ordinanza, n. 307).

318 L'ACCORDO, nell'esempio fatto, potrà formarsi sulla pregiudiziale di incompetenza territoriale e potrà risultare da una comparsa dell'attore (cioè del suo procuratore) in replica a quella del convenuto o anche da una dichiarazione verbale, da lui fatta nella prima parte dell'udienza (caso dell'art. 34 del reg. sul rito somm.).

Quando nella prima parte dell'udienza sia fatto rilevare al presidente questo accordo, il presidente potrà disporre con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo per questo motivo, semprechè, però (a quanto riteniamo), ci sia un accordo delle parti anche circa le spese. In questo caso, con la ordinanza il processo «si chiude» (sopra, n. 230). Se l'attore volesse «riassumerlo» e di fatto lo riassumesse (ciò che meccanicamente non è impossibile), il convenuto potrebbe efficacemente eccepirgli, che la precedente «chiusura» è preclusiva, e che la riassunzione è nulla od inefficace. E il tribunale, in ipotesi, dovrebbe dargli ragione.

In pratica, questo non si vede mai.

Potrà avvenire piuttosto, che l'attore, se convenga che l'eccezione d'incompetenza è fondata, dichiari di rinunciare agli atti nelle forme prescritte e con l'onere delle spese a suo carico. E il convenuto non avrà legittimo interesse a negare l'accettazione della rinuncia (sopra, n. 217).

Potrebbe anche essere (almeno teoricamente), che, nell'esempio fatto, l'attore dichiarasse per comparsa o anche all'udienza, di non opporsi alla ammissione delle prove chieste dal convenuto, e che il convenuto a sua volta dichiarasse di «non insistere» in quelle sue conclusioni di rito o di merito, che (secondo lui) potevano esser accolte senza bisogno di alcuno sperimento di prova orale.

In questa ipotesi il presidente, al quale venisse fatto presente questo accordo (semprechè non ostino, secondo lui, motivi insuperabili di diritto), potrebbe e dovrebbe

provvedere con ordinanza alla ammissione della prova, dando le disposizioni opportune per l'esecuzione della prova stessa (nomina del giudice delegato ecc.) e ordinando in pari tempo la cancellazione della causa dal ruolo (cfr. art. 35 e segg. reg. sul rito somm.).

Se questo in pratica avvenga, il processo (sebbene la causa sia cancellata dal ruolo), resta pendente e prosegue, affinchè si faccia luogo alle prove. L'ordinanza sarà dettata a verbale del presidente in udienza, oppure il presidente si potrà riservare di darla successivamente, inserendola in calce al verbale (artt. 12 della legge sul rito som, e 44 e 45 del relativo reg.).

Ancor meno avverrà in pratica (sebbene nella legge sia consentito), che il presidente, ravvisando l'indilazionabile urgenza di provvedere alla prova, ne ordini la esecuzione non ostante il disaccordo delle parti, con ordinanza di urgenza, reclamabile nei tre giorni successivi davanti al collegio: art. 40 del reg. sul rito somm.

Possiamo dunque considerare come il caso più probabile in pratica, che la causa debba esser «spedita» per sentenza e «richiamata» a questo effetto, come dicevamo (n. 217), nella seconda fase dell'udienza, per «trattazione» o «discussione».

319 LA DISCUSSIONE orale della causa dovrebbe seguire, davanti al collegio (cioè sempre nella seconda parte dell'udienza), nelle forme degli artt. 348 e segg. del codice e 255 e segg. del reg. gen. giud., 47 del reg. sul rito somm., in relaz. all'art. 4 della legge, e ciò o su relazione di un giudice (se questo sia stato precedentemente nominato per riferire, come in pratica avviene assai di rado) o altrimenti su relazione di parte, cioè del procuratore dell'attore, salvo rettifiche del procuratore del convenuto. Le ragioni delle parti saranno illustrate dai procuratori stessi o dagli avvocati. Dovranno esser lette le conclusioni rispettive. Riteniamo superfluo entrare in altri dettagli descrittivi.

In pratica, la discussione si suole omettere (e in qualche caso è male). Quella, però, che formalmente non si può

omettere, è, quanto meno, la lettura delle conclusioni davanti al collegio.

La causa («spedita» con questa formalità) «passa in decisione» e viene cancellata dal ruolo.

Le parti devono consegnare al cancelliere ciascuna il proprio fascicolo degli «atti e documenti» (se già non l'abbiano consegnato precedentemente per la relazione del giudice) e così finalmente tutto il materiale di causa viene ad esser a disposizione del tribunale, per lo studio, la deliberazione e la decisione per sentenza (artt. 352 del codice e 10 della legge sul rito somm.).

Nel proprio fascicolo ciascun procuratore dovrà inserire (preferibilmente ordinati in due fascicoli parziali distinti, ciascuno col proprio elenco) i suoi «atti» e «documenti» e cioè: la procura (che, se non sia in calce alla citazione, dovrebbe far parte dei documenti, piuttosto che degli atti), la citazione (che sarà indispensabile almeno per il fascicolo dell'attore), le proprie comparse debitamente vistate dalla controparte, i documenti prodotti (che dovranno risultare regolarmente comunicati alla controparte), la nota delle spese (art. 223 e segg. del reg. gen. giud. e v. sopra, per le spese, il n. 264).

Passata la causa in decisione, le parti non dovrebbero più saperne niente, fino a che ad una certa udienza (che dovrebbe essere, in teoria, dentro il mese dalla spedizione) venga pubblicata la sentenza (del che la cancelleria deve dare «avviso» scritto ai procuratori; v. sopra, n. 307 e cfr. artt. 366 del codice e 268 reg. gen. giud.). Da questo momento tutti potranno consultarne in cancelleria il testo originale e, dopo che sia stata registrata, parti e procuratori potranno levarne copia per gli eventuali atti successivi.

Il seguito potrà essere assai diverso, secondo il contenuto della sentenza.

Non possiamo qui farci tutte le ipotesi e seguirle nei successivi sviluppi. Ne faremo una, in via esemplificativa: supponiamo che nella nostra causa il tribunale (bene o male) ammetta delle prove testimoniali, tanto dell'attore quanto del convenuto, per il merito.

La sentenza in questo caso è interlocutoria; però nell'esempio da noi fatto, contiene o dovrebbe contenere il rigetto definitivo di istanze (logicamente precedenti) dell'una e dell'altra parte (sopra, n. 211). Supponiamo altresì, per far un esempio più istruttivo, che (bene o male) sia stata dichiarata provvisoriamente esecutiva.

LA SENTENZA INTERLOCUTORIA è appellabile (sopra,
320 nn. 211 e segg., 281 ecc.). Nell'esempio fatto può essere appellata tanto dall'una quanto dall'altra parte, perchè ambedue sono parzialmente soccombenti (soccombenti cioè su certe istanze: sopra, n. 272). D'altra parte, essendo la sentenza (sempre a quanto supponiamo in via di esempio) provvisoriamente esecutiva, può essere processualmente eseguita con lo sperimento della prova, anche in pendenza del termine per l'appello o non ostante appello (sopra, n. 211).

Può essere, che, pubblicata la sentenza, le parti rimangano inerti: il processo pende, ma decorre il termine di perenzione (sopra, n. 215).

Può essere, che una delle parti appelli senza notificare la sentenza (nel qual caso l'altra potrà appellare anche in via incidente) e nessuna promuova l'esecuzione delle prove. Secondo noi, questo salva tutto il processo dalla perenzione (n. 215 cit.). Le prove si potranno fare più tardi, anche dopo che la sentenza sia stata confermata in appello (nel qual caso però la perenzione decorrerà dalla sentenza di appello).

È discusso ed è discutibile invece, se si possano iniziare le prove senza notificare la sentenza. Se lo si ammette, il termine per appellare non decorre; ma sorge invece il dubbio (e noi lo riterremmo fondato): se la parte che promuove lo sperimento della prova, non accetti con ciò la sentenza, cosicchè le resti precluso l'appello (sopra, n. 273), salvo sempre a lei di appellare in via incidente, se appelli quell'altra in via principale (sopra, n. 282).

Ma può essere, che una delle due notifichi la sentenza all'altra. La notificazione si farà per mezzo di ufficiale giu-

diziario (sopra, n. 301), mediante consegna di copia autentica rilasciata dalla cancelleria (per il che l'ufficiale giudiziario dovrà dunque munirsi di due esemplari, ambedue autentici, uno da consegnare e uno da trattenere) e si farà al domicilio eletto e altrimenti «al procuratore» (nella sua qualità): art. 367 del codice. L'ufficiale giudiziario dovrà procedere a richiesta di parte, come nella notificazione della citazione, stendendo la sua relazione di notifica (con la indicazione della parte richiedente) sull'esemplare, che restituirà poi alla parte stessa (e che funzionerà da «originale»), e sulla copia consegnata.

Notificata (da una delle parti all'altra) la sentenza, decorre per ambedue il termine per appellare (sopra, nn. 213, 273 ecc.): trenta giorni, nel nostro esempio (sopra, n. 282), ferma però sempre la regola che, se una parte appelli in termine, l'altra può ancora appellare in via incidente (anche dopo scaduto il termine: n. 282 cit.). E siccome qui facciamo, per via di esempio, l'ipotesi di sentenza provvisoriamente esecutiva, ammissiva di prove testimoniali, decorre (non ostante l'appello) anche il termine per fare la prova (sopra, n. 256 e più oltre, n. 323: ecco una cosa che bisognerà ben fermarsi nella mente, perchè nella pratica abbiamo visto qualcuno dimenticarsene). Onde, in questo caso, il fatto che una parte promuova l'esecuzione della prova per non incorrere in decadenza, non significa accettazione (arg. dal n. 273).

Prospettate queste varie ipotesi, di cui le parti bisogna che si preoccupino, seguiamone due fra le tante, e vediamo da un lato come si fa l'appello e dall'altro (sommariamente) come si eseguisce la prova.

321 L'APPELLO in via principale, si propone per citazione davanti alla corte, nel cui distretto si trova la sede del tribunale, che ha pronunciata la sentenza (sopra, nn. 191, 282 ecc.; art. 480 del codice).

Sulle formule della citazione, non c'è bisogno che ci ripetiamo. Ricordiamo soltanto che, invece di soffermarci sull'«antefatto», questa volta basterà brevemente accennarvi, richiamando invece la storia procedurale della fase precedente (o delle fasi precedenti, se sono state più). Bisognerà naturalmente identificare la sentenza da cui si appella, ricordandone il contenuto, e specialmente i capi, contro i quali ci si «grava» e bisognerà enunciare, almeno sommariamente, i motivi del «gravame» e i provvedimenti, che si intendono chiedere alla corte «*in riforma dell'appellata sentenza*» (sopra, n. 282), tenuti sempre presenti, ben si intende, a questo proposito, i limiti dei poteri del giudice di appello (sopra, n. 283).

Abbiamo già detto (n. 282), che la giurisprudenza è estremamente indulgente, in fatto di precisione. Si è finito col ritenere sufficiente una motivazione di questo genere: «*ritenuto che la sentenza è errata in fatto e in diritto...*». Ma ne diamo l'esempio solo per consigliare di non seguirlo, anche perchè può esser pericoloso (chè, se si trovasse una corte più scrupolosa custode della legge, potrebbe ritener nullo l'atto, per difetto di elementi essenziali).

L'appello si notifica, come la sentenza, al domicilio eletto e altrimenti al procuratore (art. 486 del codice). E qui, come per la notificazione della sentenza, ha ragione, in fondo, la giurisprudenza nel ritenere equipollente anche la formula «alla parte presso il procuratore».

Il procedimento che segue, è lo stesso di quello già descritto, e che si segue davanti ai tribunali (art. 50 del reg. sul rito somm.). La parte appellata può appellare incidentalmente nella sua prima comparsa (art. 54 dello stesso reg., in relazione all'art. 487 del codice).

Se tutte due le parti appellino nelle forme dell'appello principale, i due appelli dovranno essere «riuniti» (sopra, n. 274).

322 L'APPELLO INCIDENTE dovrà esser enunciato, nelle conclusioni della comparsa, pregiudizialmente o subordinatamente alla domanda di rigetto dell'appello principale avversario, secondo l'ordine logico e giuridico di pregiudizialità dei capi rispettivamente impugnati.

Nel caso da noi dato per esempio, l'appello incidente dell'attore non potrà essere che di merito, e sarà subordi-

nato al rigetto dell'appello avversario sul capo della competenza, mentre per il merito, invece, verrà ad esser probabilmente pregiudiziale al rigetto dell'appello avversario, cosicchè diranno, per esempio, le conclusioni: « *ogni diversa* « *istanza ed eccezione reietta e ritenuta la competenza del tri-* « *bunale adito* » (ciò che implica la domanda di conferma di questo capo) — « *in accoglimento dell'appello incidente ed in* « *riforma dell'appellata sentenza* —, *dichiari* » (la Corte) « *improponibile la domanda* » ecc. ecc. (appello incidente) — « *in estre-* « *mo subordine, rigettato sempre l'appello avversario, confer-* « *mi la sentenza in quanto ammette le prove* ecc. » (domanda subordinata di conferma) — « *con vittoria di spese* ecc. ».

Dopodichè lasciamo al suo destino l'appello, e vediamo l'esecuzione della prova.

323 La prova testimoniale dovrebbe eseguirsi nel termine legale (prorogabile: sopra, n. 304) di trenta giorni o in quello fissato dal provvedimento che la ammette, davanti ad un giudice che sarà stato delegato nel provvedimento stesso (sopra, n. 256), avvertendo che, se mancasse la delega o venisse meno il giudice, il termine non decorrerebbe (o, secondo noi, rimarrebbe sospeso).

La decorrenza del termine è regolata dall'art. 232 del codice. Il termine decorre, cioè, rispettivamente « dalla sca- « denza di quello stabilito per fare opposizione od appellare « e, quando siavi stato giudizio di opposizione o d'appello, « dalla notificazione della sentenza proferita in questo giu- « dizio. Quando debba procedersi all'esame per consenso « delle parti, o in virtù di sentenza esecutiva non ostante « appello od opposizione, o se la parte soccombente di- « chiari di non volere appellare, il termine decorre dal « giorno della notificazione dell'ordinanza o della sentenza « che ammise gli esami, o dal giorno della dichiarazione « anzidetta ».

È in relazione all'ultimo capoverso, che si ritiene, che la notifica della sentenza provvisoriamente esecutiva fa decorrere automaticamente il termine, a rischio di decadenza.

Per promuovere lo sperimento della prova, la parte che vi ha interesse, deve fare domanda, verbale o scritta (art. 233 del codice), al giudice delegato, il quale, con una c. d. « ordinanza di monizione », fissa il luogo, il giorno e l'ora in cui i testimoni si dovranno presentare. In pratica non si usa citare il procuratore dell'altra parte (presupposto necessario di ogni ordinanza) e si suol provvedere con ricorso, cosicchè la cosiddetta ordinanza, in realtà, è un decreto.

Il decreto deve essere notificato sempre a pena di nullità, almeno dieci giorni prima di quello stabilito per l'esame (art. 233, primo capov., del codice) al procuratore avversario.

Questa formalità è necessaria, giacchè la prova contraria è di diritto (sopra, nn. 239 e 256); e il procuratore avversario deve aver tempo di far citare i suoi testimoni a prova contraria per il giorno dell'esame. Cinque giorni prima di quello dell'esame, i procuratori devono notificarsi reciprocamente la lista dei testimonii, contenente l'indicazione del nome e cognome di ciascuno di essi e della rispettiva condizione e residenza (art. 234 del codice). Se l'esame non possa essere compiuto in un sol giorno, è lecito eseguirlo « ad intervalli », purchè nel termine stabilito (art. 233 ult. capov. c. p. c.). Si è discusso se, quando l'esame debba essere proseguito in diversi giorni successivamente fissati, il procuratore possa notificare altre liste di testimoni cinque giorni prima di una qualsiasi di queste udienze di prosecuzione. L'opinione prevalente è ormai negativa.

I testimoni sono « presentati » all'esame, dalla parte che li « induce », e che ha facoltà di chiamarli in forma privata, oppure mediante citazione per biglietto, in cui basta indicare la causa per cui devono comparire (art. 238 del codice). Se il testimonio citato, senza addurre ragioni legittime, non comparisca, si espone a delle penalità, e, in certi casi, può anche essere tradotto in presenza del giudice dalla forza pubblica (art. 239 del codice).

Circa l'idoneità e la capacità dei testimoni, il codice dispone all'art. 236 intorno alle persone che sono escluse in modo assoluto o relativo dal deporre: possiamo rimandare alla lettura dell'articolo.

Le forme dell'esame sono le seguenti: ciascun testimonio è interrogato separatamente dagli altri (art. 241 del codice), e deve innanzitutto prestare giuramento di dire tutta la verità, null'altro che la verità. Ammonito dal giudice sull'importanza del giuramento (art. 242 del codice), dovrà il testimonio, prima di deporre, dichiarare il nome, cognome, la condizione, l'età, la residenza, le relazioni di parentela, affinità o servizio che abbia con alcuna delle parti; l'interesse che abbia nella lite. Esaurite queste formalità preliminari, il giudice lo interroga sugli articoli di prova, e può, anche di sua iniziativa, rivolgergli qualsiasi altra domanda, che ritenga opportuna per chiarire la verità. Alle parti e ai loro procuratori, è vietato d'interrogare direttamente il teste o d'interromperlo; però possono chiedere al giudice, che proponga altre domande, purchè non esorbitino dai fatti dedotti in capitolato. Se una parte propone domande nuove e l'altra vi si oppone, ne sorge un incidente, di cui si prende nota in verbale e che sarà rimesso alla decisione del collegio, perchè provveda con sentenza, salvo che il giudice delegato non creda di risolverlo con ordinanza d'urgenza, reclamabile nei tre giorni al collegio.

Di tutta la prova deve essere redatto verbale unico, il quale, a pena di nullità, deve contenere quanto è richiesto dall'art. 247 c. p. c. L'originale viene conservato in cancelleria, cosicchè le parti non se ne possono servire direttamente; si gioveranno invece di copie autentiche, rilasciate a suo tempo dalla cancelleria, che verranno prodotte in giudizio, come un qualsiasi altro documento.

Esaurita la prova testimoniale, può esser fissata un'udienza per la ripresa della causa davanti al tribunale, dallo stesso giudice che ha assunta la prova, su richiesta di una delle parti. In difetto, non vi è bisogno di una nuova citazione nelle forme della citazione introduttiva, perchè le parti compaiano, ma sarà sufficiente una citazione in forma breve, da procuratore a procuratore. Dopo di che, in base alla ordinanza o in base alla citazione riassuntiva, la causa dovrà essere nuovamente iscritta a ruolo, e si riprenderà

l'istruttoria scritta (produzione di documenti, comparse ecc.), per arrivare (possibilmente) alla decisione del merito.

Come esemplificazione sommaria (anche se molto sommaria) di atti, ci pare che questo saggio possa bastare, e possiamo rinviare per il resto all'intelligente uso di un formulario.

Con questo, il «profilo pratico» c'è già.

PARTE TERZA

DEI PROCEDIMENTI ORDINARII DI ESECUZIONE PER SPROPRIAZIONE CONTRO IL DEBITORE

Capitolo Primo

AZIONE, TITOLO E PROCESSO ESECUTIVO OGGETTO, SOGGETTI E CARATTERISTICHE GENERALI DEL PROCESSO

Sommario: § 1. Tema, metodo e premesse di questa parte speciale. — § 2. L'azione esecutiva. — § 3. Estremi e condizioni della azione esecutiva: il credito e il titoto esecutivo. — § 4. Oggetto materiale e contenuto del procedimento. — § 5. Soggetti del procedimento nei suoi varii momenti ed episodii.

§ 1. *Tema, metodo e premesse di questa parte speciale*

Argomento dell'ultima trattazione (« speciale ») alla quale
324 ci accingiamo, secondo il programma che ci eravamo prefissi (v. sopra, n. 1, n. 88, ecc.), è, come risulta dal titolo, lo studio del procedimento di esecuzione forzata particolare per spropriazione contro il debitore.

Ma lo stato d'informazione, che dobbiamo supporre di avere raggiunto, ci consentirà ormai di procedere assai più speditamente, e con metodo che vorremmo chiamare differenziale, soffermandoci di proposito soltanto sui caratteri di contenuto, di struttura e di funzionamento, proprii dei processi qui considerati, in confronto di quello di cognizione. Ci intratterremo, così, sui caratteri più o meno proprii di tutti questi procedimenti nel primo e nel secondo capitolo, su quelli peculiari rispettivamente della esecuzione mobiliare nel terzo, e di quella immobiliare (contro il debitore) nel quarto . . ., senza saggi speciali di composizione letteraria, che crederemmo anch'essi ormai superflui.

Questi processi sono disciplinati fondamentalmente, come

già sappiamo, nel secondo libro del codice di procedura civile (che comprende poi, anche il procedimento di spropriazione immobiliare contro terzi e quello per consegna o rilascio, dei quali non ci occuperemo), integrato da disposizioni emigrate (chi sa perchè) nel codice civile e da altre complementari, sparse in qualche legge speciale, che ricorderemo a suo tempo. Lo scopo finale proprio di questi processi, è quello far pervenire, per autorità del giudice, ad uno ed eventualmente a più singoli creditori, danaro o beni, a soddisfazione totale o parziale del loro credito. Di regola, si distraggono a questo scopo dei singoli beni dal patrimonio del debitore, ricavandone il danaro occorrente mediante la loro « vendita giudiziale » (nel che consiste, per l'appunto, la « spropriazione »). Solo in rari casi, al creditore od ai creditori possono essere assegnati direttamente dei beni in luogo di danaro (nel qual caso, la spropriazione si attua con una specie di dazione in pagamento, fatta d'autorità).

Per intendere la esposizione che segue, è indispensabile avere ben presenti davanti agli occhi, le seguenti caratteristiche, che già risultano da quanto ne abbiamo detto nella « parte generale », sia parlando delle sanzioni che dei procedimenti (nn. 56 e segg e nn. 103 e segg.) :

che oggetto (materiale) della spropriazione possono essere soltanto singoli determinati « beni » (diritti patrimoniali suscettibili di trasferimento a titolo oneroso, e che come tali abbiano o possano assumere un valore economico di scambio), « beni » che vengono, a questo effetto (e vedremo come), isolati e distratti dal patrimonio del debitore, ai fini dell'esecuzione ;

che il procedimento, in quanto porta a questa identificazione, distrazione, realizzazione forzata di beni, si svolge e si attua mediante l'impiego di corrispondenti poteri strumentali del giudice. Ma tutte queste attività processuali non sono fine a se stesse, bensì stanno in rapporto di mezzo a fine, rispetto alla soddisfazione finale di uno o più creditori, a cui dovrebbe condurre il procedimento, come suo esito o sua conclusione ;

che il fine o lo scopo possono vedersi invece soltanto

nei provvedimenti di soddisfazione dei creditori, conclusivi del procedimento (in contrapposto a quelli precedenti, che sono soltanto stromentali, ripetiamo, rispetto a questi) ;

che anche il procedimento di esecuzione nasce e si svolge su iniziativa di parte, e cioè su esercizio di azione privata ;

che però soltanto i creditori che siano già « muniti di titolo esecutivo », possono promuovere gli atti esecutivi (procedimento esecutivo), nella fase stromentale di spropriazione ;

che se vi siano, di fronte allo stesso debitore, più creditori tutti « muniti di titolo esecutivo », ciascuno di questi può bensì promuovere sugli stessi (singoli) beni, i primi o primissimi atti di questa fase stromentale, ma successivamente (e a partire da un certo momento, che vedremo) la serie degli atti su quei determinati (singoli) beni può essere proseguita soltanto da uno solo di essi (« creditore istante » o « procedente ») ;

che le attività (danaro o beni assegnabili in pagamento) « ricavate » dal patrimonio del debitore, attraverso la fase stromentale del procedimento, e rese disponibili per la soddisfazione d'autorità di creditori, non restano destinate o riservate in modo particolare a quel tal creditore, che ha funzionato in quella fase come « creditore procedente ». Al contrario. Anche gli altri (anzi in un certo senso tutti gli altri) creditori, muniti o non muniti di titolo esecutivo (abbiano o non abbiano proceduto a loro volta ai primi o primissimi atti di esecuzione), possono far valere le loro ragioni, per essere a loro volta soddisfatti, in concorso col creditore procedente od eventualmente con precedenza su di lui (se possano vantare delle cause legittime di prelazione) ;

che, per conseguenza, può avvenire (anzi avverrà di solito) che divenga stromentalmente necessario anche determinare a quali creditori debbano esser devoluti, per la loro soddisfazione, beni o denari ricavati dall'esecuzione (e per ciascuno in che misura) attraverso una apposita fase processuale (giudizio) di reparto ;

che in dipendenza di ciò, può anche accadere che il creditore (istante o procedente), che ha promossa tutta la serie degli atti stromentali della prima fase di esecuzione,

resti «incapiente» od insoddisfatto. Nel qual caso, egli non conseguirà per sè risultati utili (finali) dalle attività processuali da lui spiegate. Le sue attività in questo senso riusciranno tuttavia utili agli altri, e ciò basta, di fronte all'ordinamento giuridico, per tener fermo il risultato (distrazione di beni, spropriazione ecc.) che se ne sia conseguito;

ond'è che, in queste condizioni, non è neanche dato di indagare *a priori*, se il creditore procedente, che si fa promotore degli atti stromentali di spropriazione, abbia o non abbia una effettiva ed attendibile speranza pratica di esser soddisfatto: questa (neppure sotto specie di interesse di fatto) non è una condizione prescritta per la legittimità della sua iniziativa. Del resto, può sempre costituire, in futuro, un vantaggio indiretto, per lui, il chiarificare la «posizione» del debitore e «depurarla» da debiti verso altri o costringere costoro a far valere, se vogliono, le loro ragioni in questa sede, e verificarne in questa sede la sussistenza o la consistenza.

Se non si tengono ben presenti, ripetiamo, tutte queste varie proposizioni, anche in relazione al principio degli artt. 1948 e 1949 cod. civ., non è possibile intendere l'organizzazione positiva del procedimento di esecuzione forzata per spropriazione, nel quale ora ci proponiamo di addentrarci.

Ferme queste premesse, per arrivare ad una più piena conoscenza del procedimento stesso, sono di capitale importanza, secondo noi, anche in questo campo, i concetti di azione, in senso sostanziale ed in senso processuale, che abbiamo prospettati e messi in luce nella parte generale, ma che, naturalmente, vanno intesi ed impiegati qui in modo adeguato alle particolarità del fenomeno. E sarà opportuno ancora una volta prender le mosse da questi concetti.

§ 2. — *L'azione esecutiva.*

«AZIONE ESECUTIVA» chiameremo più specialmente l'azio-
325 ne, che ha per oggetto i provvedimenti esecutivi stromentali sui beni del debitore (identificazione dei beni, distrazione dal patrimonio, realizzazione in danaro ecc.), e che si coordina, come abbiamo detto, ad una speranza (interesse) più o

meno attendibile in linea di fatto, di conseguire per sè una soddisfazione finale.

Azione esecutiva in senso sostanziale, sarà dunque il diritto soggettivo (inteso come potere o facoltà nascente da una determinata situazione giuridica) di promuovere ed ottenere (in modo legittimo e fondato) questi provvedimenti (stromentali). In breve: diritto (in questo senso) alla esecuzione forzata sui beni.

Azione esecutiva in senso processuale, chiameremo invece le attività spiegate nei modi di legge, per ottenere praticamente, che il giudice dia questi provvedimenti.

Anche qui la azione esecutiva in senso processuale (attività di fatto), normalmente è il modo di esercizio del diritto (cioè dell'azione in senso sostanziale: diritto alla esecuzione).

Ma anche qui può avvenire (e in ciò prende rilievo la distinzione e il parallelo con l'azione in sede di cognizione), che chi ha azione in senso sostanziale (diritto all'esecuzione) non l'eserciti. E viceversa può avvenire (sebbene meno agevolmente), che chi non ha azione in senso sostanziale (diritto alla esecuzione) spieghi ciò non ostante delle attività (azione in senso processuale) nelle forme di legge, per cui ottenga di fatto dal giudice, dei provvedimenti di esecuzione. Nel qual ultimo caso, dovremo dire, che l'attività in senso processuale è una attività solo formalmente legittima, a fondamento della quale però non sta il diritto sostanziale corrispondente, onde gli atti così promossi e compiuti, non solo possono essere, prima o poi, dichiarati sostanzialmente infondati, ma possono far sorgere a carico di chi li abbia compiuti o promossi una responsabilità, e non solo per le spese, ma (in questo campo) anche per i danni.

Questa relazione fra l'azione nell'uno e nell'altro senso, corrisponde a quella profilata, in massima e per tutti i casi di azione civile, nella «parte generale» (§ 10, nn. 60 e segg.).

L'azione esecutiva in senso sostanziale (diritto alla esecuzione), richiede, per la sua sussistenza, il concorso di due estremi:

che un soggetto (titolare attivo dell'azione, sostanzialmente legittimato alla esecuzione) abbia un credito di danaro (o legalmente assimilato ad un credito di danaro) verso un altro soggetto (soggetto passivo dell'azione, passiva-

mente legittimato), credito attualmente sussistente, liquido ed esigibile (incondizionato, scaduto, non soddisfatto o non estinto per altre cause);

che quel credito sia sorto da un atto (negozio) o provvedimento, che, secondo le disposizioni di legge, costituisca (con effetti a favore del creditore) « titolo esecutivo » (sempre in senso sostanziale), onde ottenerne la soddisfazione per autorità del giudice, oppure che, anche successivamente, con un atto od un provvedimento distinto, sia stato costituito per quel credito il « titolo esecutivo ».

Il soggetto che si trovi in queste condizioni (per il concorso di questi due estremi: credito e titolo), ha diritto di promuovere gli atti (stromentali) di esecuzione su tutti i singoli beni del debitore, che voglia o che possa colpire (anche se in definitiva, e per effetto dell'eventuale concorso di altri creditoi, possa poi accadergli di non conseguire per sè la soddisfazione effettiva).

Converrà notare, per coordinare (o per contrapporre) alla azione in senso sostanziale (diritto alla esecuzione), la azione-attività in senso processuale, che gli atti (negozii) o provvedimenti che possono fornire, secondo la legge, il titolo esecutivo sono tutti e sempre atti o provvedimenti compiuti od espressi in forma scritta (documentale).

Per esercitare l'azione in senso processuale, e cioè per spiegare quelle attività, che servono ad ottenere dal giudice (uffici giudiziarii) i provvedimenti esecutivi, bisogna che il soggetto agente (processualmente attore, in senso lato), sia materialmente in possesso del documento in cui si concreta l'atto o il provvedimento, che costituisce, per lui, il titolo esecutivo in senso sostanziale, oppure di una copia munita di determinati requisiti di forma. Senza di questo, qualunque attività in quel senso, è meccanicamente od automaticamente resa impossibile, od inefficace di fatto, dalle discipline legali del procedimento (norme e forme di procedura).

Questa è, dunque, condizione processualmente necessaria, ma è anche processualmente sufficiente, nel senso che non occorre altra prova neppure del credito, perchè data la sua origine e il suo modo di formazione, ciascun titolo esecutivo

contiene necessariamente in sè l'identificazione del credito e la attestazione formale che, almeno in quel momento (della formazione del titolo), il credito è nato o il credito sussiste. In altri termini: dispone la legge che sulla semplice esibizione del documento (originale o copia secondo i casi) del titolo esecutivo, e a seguito di una ispezione meramente esteriore o formale delle sue caratteristiche formali, gli uffici esecutivi, sulla richiesta della parte che ne è « munita », debbano senz'altro entrare in attività di funzioni.

Si è detto da qualcuno, che, in fondo, gli uffici esecutivi debbono entrare in attività, proprio « perchè » il documento funziona da prova (legale) del credito e del titolo. Non ci sembra però, che questo rappresenti esattamente il meccanismo processuale adottato dalla legge. Quando parliamo di prova (nel senso proprio o almeno normale della parola), questo implica l'idea di una indagine intorno alla verità. Ora è proprio questa indagine, che la legge ha voluto escludere in questo caso, introducendo qui un metodo di determinazione meccanica della attività degli uffici, per cui resta esclusa da parte loro qualunque critica di sostanza, e ridotta alla sua minima espressione perfino la critica di forma del documento esibito.

Sarà vero, che la legge ha introdotta questa determinazione meccanica, « perchè » ha considerata l'esibizione del documento, come « dimostrazione normalmente sufficiente », che c'è il titolo (in senso sostanziale) e che c'è il credito. Ma qui non dobbiamo occuparci dei motivi e della giustificazione della legge, bensì del funzionamento degli organi di giustizia. Ora, da questo punto di vista, dobbiamo constatare che, come risultato, la legge non ha voluto introdurre, bensì escludere qualunque fenomeno, del tipo di quelli, che normalmente in questo campo vanno sotto il nome di prova (nella sua accezione tecnica ordinaria). Che se poi si voglia estendere la stessa espressione anche ad indicare questa determinazione meccanica (sapendo che processualmente è cosa diversa), la questione non è più di cose, ma di parole.

Questo che abbiam detto, mentre spiega come l'azione (attività) in senso processuale si coordini normalmente ad una azione in senso sostanziale (sussistente e fondata), spie-

ga anche come possa avvenire, che gli atti esecutivi talvolta possano esser promossi, di fatto, anche da chi in realtà non abbia l'azione esecutiva in senso sostanziale (diritto alla esecuzione).

Basta riflettere per esempio a questa possibilità: che il credito effettivamente sia sorto o che esistesse, al momento in cui è stato posto in essere l'atto od il provvedimento, che costituisce il titolo esecutivo, ma che successivamente il credito sia stato estinto, per pagamento o per altra causa di estinzione. Ciò non esclude di fatto, che colui che era creditore resti materialmente in possesso del documento o possa ancora procurarsene una copia, munita delle formalità prescritte. E allora, col documento o con la copia, può mettere meccanicamente in moto gli uffici esecutivi, sebbene il credito non esista più. Ecco, che c'è esercizio di una azione (attività) esecutiva processuale, sebbene l'azione esecutiva in senso sostanziale (diritto alla esecuzione) non esista più. Altra possibilità è questa: che l'atto che costituisce il titolo esecutivo venga posto in essere (per simulazione o per altra causa), senza che ci sia la volontà di far sorgere il credito o senza che il credito esistesse. Ma, dal momento che in questo modo si viene a creare il documento, si dà la possibilità a chi ne sia in possesso (apparentemente legittimo), di mettere in moto gli organi esecutivi, senza avere azione esecutiva in senso sostanziale (diritto alla esecuzione). Altro ordine di casi (ma diverso), può esser questo: che venga dato un provvedimento, che costituisce titolo esecutivo per un supposto credito, che si ritenga per il momento (e a questo effetto) sufficientemente accertato, salvo eventuali indagini successive in proposito. Se dalle successive indagini venga a risultare, che il credito in realtà non sussisteva, ne viene anche a risultare che in realtà non ci poteva essere azione esecutiva (veramente fondata) in senso sostanziale (diritto alla esecuzione). Ma, intanto, chi ha avuto il provvedimento a proprio favore, può aver promossi gli atti esecutivi, sebbene in definitiva non ne avesse il diritto.

In tutti questi casi, non c'è dubbio che si debba vedere una attività-azione esecutiva in senso processuale, sostanzialmente infondata (a cui non corrisponde cioè una azione esecutiva sostanziale, fondata), ma per intanto meccanicamente efficace. Soltanto bisognerà ritenere in questi casi, che la attività processuale — appunto perchè infondata, ma purtuttavia meccanicamente efficace — viene a costituire un fatto illegittimo, e quindi, in definitiva, illecito (salvi i temperamenti, che si possono introdurre, per rispetto alla buona fede, alla autorità provvisoria di provvedimenti, che vengano poi revocati o modificati). Ed infatti (salvi quei temperamenti) chi ha promossa l'azione in senso processuale, risponderà, come s'è detto, dei danni e non solo delle spese.

Questo non significa — intendiamoci bene — che gli uffici giudiziarii, in questi casi, abbiano compiute, essi medesimi, delle attività, che «da parte loro» fossero o siano illecite. Non confondiamo. Quando si dica, come abbiam detto sopra, che: secondo il sistema della legge, gli uffici esecutivi devono entrare in attività, sol che ne siano richiesti da chi sia in possesso (apparentemente legittimo) del titolo esecutivo documentale (documento del titolo esecutivo) — si dice anche che: all'operato processuale da parte loro, come ufficii giudiziarii, non c'è da muovere alcun rimprovero, tutte le volte che quella condizione si sia verificata, ed essi abbiano operato nei modi e nei limiti di legge. Ma colui al quale si può muovere giusto rimprovero, è colui che, essendo in possesso del documento, ha compiuto o determinati gli ufficii, a compiere degli atti esecutivi, senza avere sostanzialmente il credito o il titolo in senso sostanziale. Sua (ed esclusivamente sua) è la responsabilità di aver determinato anche quegli atti degli ufficii giudiziarii esecutivi, senza averne il diritto, ed egli solo ne risponde come di un fatto illecito suo proprio, perchè gli ufficii esecutivi, in quelle condizioni, erano tenuti ad esercitare il loro ministero, senza poter compiere alcuna indagine critica sostanziale. Qui non c'è neanche bisogno di ricorrere al principio di diritto processuale, che, a certi effetti, la parte porta la responsabilità degli errori del giudice (sopra,

n. 263, verso la fine), ma vale il criterio generalissimo di tutto il nostro ordinamento giuridico, che del fatto illecito dannoso risponde chi lo abbia causato, anche se si sia valso di altri soggetti organi od ufficii, i quali non potessero rifiutare di prestarsi, od ai quali non spettasse di controllare la legittimità sostanziale della iniziativa dell'agente. Questi organi od uffici, nella produzione dell'effetto illecito e dannoso, son mezzo e non causa, e il fatto resta sostanzialmente illecito rispetto all'agente, anche se (e appunto perchè) il prestarsi da parte loro era non solo lecito, ma doveroso.

326 La domanda di soddisfazione (col ricavato dell'esecuzione) da parte del creditore istante o procedente (anche se processualmente, e cioè per la forma, si distingua talvolta dall'azione-attività, che tende stromentalmente alla distrazione e realizzazione dei beni), non è, da parte sua, se non la espressione pratica dell'intento finale, sperato o sperabile, della sua azione esecutiva: il coronamento dell'azione.

Carattere in se stesso diverso e distinto, può avere invece la domanda di altri creditori, di esser soddisfatti col ricavato di una esecuzione, che, nella sua fase stromentale, non sia stata promossa o condotta da loro, ma dal creditore istante o procedente. Questa domanda (di « collocazione » o di « concorso ») costituisce evidentemente una azione processuale autonoma, che si presenta come esercizio di una diversa e distinta azione creditoria in senso sostanziale, propria di chi la fa valere. Azione diretta (effettivamente o virtualmente) contro il debitore, perchè tende alla realizzazione a carico suo (su beni ricavati dal suo patrimonio) di una sanzione, per il mancato adempimento volontario della sua obbligazione (pagamento del debito); azione che, nel suo esercizio processuale, viene ad esser diretta però (per la natura stessa della contingenza in cui si fa valere), anche contro quegli altri creditori (creditore procedente o altri creditori), che facciano pur essi domanda di collocazione o di concorso ed ai quali l'esercizio da quella azione altrui possa impedire di essere integralmente soddisfatti col ricavato della esecuzione. Onde la necessità di un giudizio, per stabilire quanta parte

del ricavato possa esser impiegata per autorità del giudice a soddisfare ciascun di loro (non senza escludere, che ci possa essere chi ottiene tutto e chi niente, quando siano in giuoco dei diritti di prelazione). Questo giudizio, nel quale vengono ad esser parte, reciprocamente, tutti i creditori, che siano in conflitto fra loro, oltrechè il debitore, assume necessariamente il carattere di una cognizione (come vedremo di proposito un po' più avanti: n. 344), necessaria per concludere la esecuzione, cioè per arrivare all'atto od agli atti finali di soddisfacimento d'autorità, dei diritti di ciascuno, nella misura consentita dal ricavato disponibile. E in questo senso ha anch'esso carattere stromentale, rispetto all'atto od agli atti, veramente finali, di soddisfazione. Non si può arrivare a questi, se non passando attraverso quello.

Questa azione da parte di ciascuno (all'infuori del creditore procedente), in sè e per sè, non ha carattere di azione esecutiva propriamente detta, perchè non determina operazioni esecutive di distrazione, realizzazione ecc. di beni. Anzi presuppone, che queste siano già avvenute o siano in corso, ad opera d'altri. Però non è neppure una ordinaria azione di cognizione, perchè tende ad un risultato economico satisfativo, materiale, e non ad una semplice pronuncia del giudice. Diremmo piuttosto, che è una azione a scopo di soddisfazione esecutiva, ma incidente in una esecuzione altrui, e che da questa incidenza trae caratteri tutti proprii e peculiari.

327 Il programma della trattazione che segue, in questo capitolo, dovrebbe discendere logicamente (a quanto ci sembra) da queste osservazioni, dalle quali abbiamo prese le mosse.

Bisognerà infatti, che cominciamo coll'esame dei due estremi dell'azione esecutiva in senso sostanziale, e cioè coll'esaminare i requisiti, che deve avere il credito, perchè si possa porre a base di una azione esecutiva e vedere poi quali siano nel nostro ordinamento i « titoli esecutivi », riconosciuti come tali dalla legge, e i requisiti formali dei relativi documenti. Integreremo così, almeno per un lato, la nozione dei caratteri particolari, proprii dell'azione esecutiva (e sarà il § 3). Passando poi a parlare del processo,

anzi del procedimento, ci occuperemo innanzi tutto del suo oggetto in senso materiale, e cioè dei beni che si possono colpire con la esecuzione. Finora abbiamo parlato infatti genericamente di beni, che si distraggono dal patrimonio del debitore; bisognerà vedere più da vicino quali possano essere e come divengano oggetto di esecuzione. Poi bisognerà, che ci soffermiamo ad approfondire alquanto la nozione dell'oggetto in senso giuridico processuale, e cioè del contenuto del procedimento, nei varii tempi o nei varii momenti nei quali la esecuzione si attua (e sarà il § 4). In relazione a questo, potremo determinare finalmente quali sono o quali possono essere i soggetti del procedimento esecutivo, con qualche cenno generico intorno alla posizione ed alle funzioni di ciascuno, nei varii tempi o momenti successivi e negli episodii, che vi si possono connettere (e sarà il § 5). Qui si fermerà questo capitolo, che ha carattere (relativamente) generale, rispetto alla materia di tutta questa parte (speciale) della trattazione.

§ 3. — *Estremi e condizioni dell'azione esecutiva: il credito e il titolo esecutivo.*

Il CREDITO è il primo requisito o la prima condizione
328 di esistenza di una azione esecutiva in senso sostanziale, cioè la prima condizione, perchè possa esservi diritto alla esecuzione.

Il credito, dicevamo (sopra, n. 325), deve essere a questo effetto attualmente sussistente. E per determinare, se concorra questo requisito o questa condizione, dovremo applicare naturalmente le regole e i criterii ordinarii del diritto sostanziale. Riteniamo poi, che si riferisca al credito, come fondamento primo dell'azione esecutiva sostanziale, anche il disposto dell'art. 568 del codice di procedura, sul quale dovremo pertanto brevemente soffermarci, salvo vedere poi dopo (quando avremo parlato del titolo) i riflessi, che esso può avere anche sui requisiti o sulle condizioni formali dell'azione esecutiva in senso processuale. Enuncia dunque l'art. 568,

che: « l'esecuzione forzata non può aver luogo per un debito « incerto, o non liquido. Se il debito sia di specie non li- « quidate, e di effetti non stimati, finchè non sia seguita la « liquidazione o fatta la stima, non si può procedere alla « vendita dei beni, nè all'arresto personale ». La stessa disposizione si trova, con qualche variante di forma, nell'art. 2081 cod. civ.

La disposizione riesce alquanto oscura per difetti di terminologia. Che cosa vuol dire « incerto o non liquido » ? che che cosa vuol dire « specie non liquidate ed effetti non stimati » ? Tutto si riduce, a nostro avviso, ad un requisito che ci sembra essenziale, secondo i principii, e cioè che il credito (corrispondente al debito) sia « esigibile ». La nozione di esigibilità, a sua volta, si riduce a questo: concorso delle circostanze prescritte per poter legittimamente pretendere il pagamento immediato dal debitore. Se queste circostanze non concorrono, non si può pretendere di esercitare una azione esecutiva sul suo patrimonio, per ottenere per autorità del giudice quanto attualmente non si può pretendere neanche da lui (arg. anche dall'art. 1287 cod. civ.).

La « incertezza », e il difetto di « liquidità », menzionati nell'art. 568, non sono, secondo noi, che due ipotesi esemplificative del difetto di esigibilità attuale. « Incerto » sarà, per esempio, un credito sospeso da condizione, un credito futuro od eventuale, anche se risulti (come tale) da un provvedimento o da un negozio, che per sua natura potrebbe fornire il titolo esecutivo. Non sarà incerto, invece, un credito a scadenza fissa nel tempo, che però non sia ancora sopravvenuta. Ma nemmeno per questo, potrà procedersi ad esecuzione forzata, sebbene l'art. 568 esplicitamente non lo dica.

La illiquidità è, in fondo, un altro ostacolo alla esigibilità attuale (in danaro o in cose). Illiquido, secondo i criterii ordinarii, è il credito, quando non sia precisata la somma di danaro o la quantità delle cose fungibili, che devono esser materialmente oggetto della prestazione (arg. dall'art. 1287 cod. civ., citato sopra). Come si fa a pretendere il pagamento, se si comincia col non sapere o col non potere dimostrare, « quanto » si abbia diritto di esigere ? Ma se non si può pre-

tendere il pagamento dal debitore, non si può pretendere, come dicevamo sopra, neppure di iniziare la esecuzione sui beni. Questo vuol avvertire la legge (anche per esigenze proprie del procedimento), risolvendo in questo senso il dubbio, se la esecuzione per intanto si possa iniziare, salvo provvedere, strada facendo, alla liquidazione.

Anzi, siccome la esecuzione non può condurre se non a conseguire danaro (o beni in luogo di danaro), sembrerebbe, secondo questo criterio, che si dovesse richiedere come requisito la liquidità in danaro (e non in quantità di altre cose). La legge tempera, però, questa esigenza nel capoverso dell'art. 568, dal quale sembra potersi ricavare, che la esecuzione può iniziarsi anche per debiti liquidi in cose fungibili (quantità di cose), ma non può portarsi a termine (perchè non si può procedere alla vendita giudiziale dei beni), se nel frattempo non si sia fatta la liquidazione in danaro. Al quale effetto, si renderà necessario inserire nella esecuzione un apposito incidente di cognizione o attendere l'esito di un separato giudizio a questo scopo. A questo, sembra alludere la espressione « effetti non stimati ». Forse anzi (ma non è chiaro) la legge va più in là, e arriva a considerare come liquido, agli effetti di iniziare (ma non di condurre a termine) l'esecuzione, anche il debito di una cosa certa. Questo però, ben s'intende, quando il creditore procedente, attraverso l'esecuzione, non tenda a conseguire il possesso materiale di una cosa (nel qual caso dovrebbe seguire la forma di esecuzione per consegna o rilascio: v. la parte generale n. 107), bensì una somma di danaro in luogo del (mancato) trasferimento della cosa.

Se queste sono condizioni richieste in ordine al credito, resta poi a vedere come esse debbano riflettersi nel titolo esecutivo. Ma di questo, ci riserviamo di dire fra un momento.

329 Il titolo esecutivo (in senso sostanziale) può consistere in un provvedimento di autorità o in un negozio giuridico fra le parti.

Se è un provvedimento, è necessario, che esso o costituisca il credito (e cioè lo faccia sorgere a carico di qualcuno)

o ne proclami la sussistenza, in tali termini da dargli un carattere, almeno relativo, di certezza. La certezza però può essere, insistiamo, soltanto relativa e in qualche modo provvisoria, purchè dalla legge medesima sia ritenuta già sufficiente agli effetti della esecuzione (anche se non sia ancora stabilita in modo irrevocabile). Perfino in materia di provvedimenti giudiziali, abbiamo visto nelle trattazioni precedenti (e lo ripeteremo fra un momento), che esecutorietà ed autorità di cosa giudicata sono fenomeni distinti e che non sono necessariamente collegati fra di loro.

Se il titolo consiste in un negozio, bisogna che contenga la costituzione o la ricognizione della sussistenza del credito, in tali termini che una (relativa) certezza in proposito sia stabilita (per volontà delle parti) dal suo stesso tenore. Bisogna, poi, che esso sia rivestito di tali formalità, che, secondo la legge, implichino la sottoposizione del debitore alla esecuzione forzata immediata e diretta, restando dispensato il creditore dal percorrere tutta la lunga via del procedimento di cognizione, prima di arrivare alla esecuzione. E, anche qui, vi sono delle disposizioni tassative della legge, per stabilire quali sono i negozii idonei e le forme necessarie e sufficienti, per dar luogo a questa sottoposizione del debitore all'esecuzione immediata (« parata »).

Dalle varie disposizioni, relative ai provvedimenti e ai negozii da cui il titolo sorge, risulta che essi devono sempre esser rivestiti di forma scritta. Non per questo, però, si può confondere il documento-pezzo di carta, col titolo in senso (giuridico) sostanziale. Il titolo, ripetiamo, ed insistiamo sta nell'atto di autorità o nel negozio. Il pezzo di carta scritta, non è che un elemento della sua forma.

Da questi caratteri dei titoli esecutivi, si capisce come essi portino in sè la identificazione del credito, nonchè delle parti, che, al momento della loro formazione, hanno rispettivamente qualità di creditore e di debitore, e risultano, perciò, identificate a loro volta, come chi può farsi « procedente » e chi può essere « esecutato ». Ma non basta.

In relazione a quanto abbiamo detto a proposito della esigibilità, bisognerà che il titolo esecutivo precisi, che il

credito è già esigibile oppure stabilisca le condizioni della sua esigibilità, in tal modo che esse possano essere verificate o controllate al momento della esecuzione, con una semplice constatazione, che non richieda l'uso di prove o di documentazioni estranee. Tale sarà, senza dubbio, il caso di un credito esigibile a termine, con scadenza fissa. Basta la conoscenza (notoria) del calendario, per sapere se e quando il credito dovrà ritenersi divenuto esigibile, anche agli effetti della esecuzione. Dubitiamo invece, che possa funzionare (almeno di regola) come titolo esecutivo, un provvedimento od un atto, che consacri l'esistenza di un credito soggetto a condizione sospensiva, perchè l'esigibilità, in questo caso, non potrà essere stabilita, se non con prove estranee al titolo. Avvertiamo però, che la pratica giudiziaria è molto larga, anzi diremmo rilassata, in questa materia (sia pure con qualche appoggio testuale — ma estensibile? — nelle disposizioni sul decreto di ingiunzione) e tende a considerare come titoli esecutivi anche gli atti e provvedimenti, relativi ad obbligazioni o prestazioni condizionate (e anche condizionate in senso improprio, per esempio, ad una controprestazione altrui), quando chi voglia procedere agli atti attesti sotto la sua responsabilità (nella formalità preliminare del precetto), che in quel momento la condizione si è verificata.

Bisognerà infine, che dallo stesso titolo esecutivo risulti la liquidità del credito. Questo non va inteso nel senso, che debba accertare in lire e centesimi tutta la somma, che sarà esigibile al momento della soddisfazione. Basta che esso accerti la liquidità almeno di un certo nucleo fondamentale del credito stesso, salvo liquidazione degli accessorii (es. interessi e spese). Questa, potrà esser fatta da chi voglia procedere agli atti, nella formalità preliminare del precetto, o anche più tardi, nel giudizio di reparto. Così pure riteniamo che possa costituire titolo esecutivo, l'atto od il provvedimento che, senza liquidare il credito, stabilisca dei criterii automatici di liquidazione, che possano esser applicati con semplici operazioni aritmetiche e con elementi notorii, come è la conoscenza del calendario (già ricordato a proposito dei termini). Anche

qui, la pratica tende qualche volta a largheggiare, forse oltre i limiti di una prudente interpretazione della legge.

Così è, che il titolo, in complesso, serve a fornire tali elementi, circa la sussistenza, circa l'esigibilità e l'ammontare del credito e circa il soggetto, che può farlo valere e quello contro il quale può esser fatto valere, da giustificare quel sistema della legge già accennato (§ prec., n. 325), per cui chi sia in possesso del relativo documento, può meccanicamente determinare gli ufficii esecutivi ad entrare in attività.

Ciò premesso, passiamo brevemente in rivista le singole figure di titoli esecutivi.

Esse si sogliono classificare secondo la loro origine. Si parla, così: di titoli esecutivi di formazione giudiziale (e sono tutti provvedimenti di autorità), di titoli di formazione amministrativa (e sono anche questi dei provvedimenti di autorità, sebbene di diversa origine), di titoli di formazione negoziale (e questi non sono provvedimenti, ma atti o negozii di parte). C'è, come vedremo, qualche figura un poco anfibia; ma questo non toglie che possiamo seguire le traccie di questa classificazione consueta.

TITOLI GIUDIZIALI: l'art. 554 cod. proc. civ., nella sua
330 imperfetta ed antiquata elencazione, menziona innanzitutto « le sentenze ».

Bisogna che si tratti di sentenze di « condanna » (v. sopra, parte generale, nn. 52 e 57). Poco importa, se la condanna sia di merito o di spese. Non basterebbe invece una sentenza meramente declaratoria (per es. con la formula, che vi si legge talvolta: « dichiara tenuto ecc. ») o meramente costitutiva (v. sopra parte generale, n. 50). Esecutoria può essere anche una condanna « con riserva » (esempii, più sopra, ai nn. 153 e 188; altro esempio, quello che si deriva dall'art. 65 della legge cambiaria). Sarà questo uno di quei casi, in cui il titolo esecutivo, sebbene proveniente dall'autorità giudiziaria, non fornisce se non una sufficiente probabilità legale circa la effettiva sussistenza del credito (v. sopra, n. 235).

Di regola, occorrerà che la sentenza sia o di secondo

grado oppure di primo grado, confermata in secondo (v. sopra, nn. 271 e 292), semprechè in questi casi la sentenza di secondo grado non sia suscettibile di opposizione contumaciale (sopra, nn. 271 e 289), oppure che sia una sentenza di primo grado, non più suscettibile di opposizione contumaciale o di appello (sopra, n. 271 cit.). Parlando di secondo grado, intendiamo naturalmente alludere anche alle sentenze pronunciate in sede di rinvio o a seguito di revocazione od opposizione di terzo contro una sentenza di appello. Le sentenze di cassazione sono esecutive per le spese, quando portino la relativa condanna (art. 554 n. 1 cod. proc. civ.). Prescindiamo, al solito, dalle decisioni delle giurisdizioni speciali, che talvolta possono portare anch'esse delle condanne di merito o almeno di spese e costituiscono anch'esse, in tal caso, titolo esecutivo.

Possono costituire, inoltre, titolo esecutivo le sentenze ancora suscettibili di opposizione contumaciale o di appello (ma solo per le condanne di merito e non mai per le spese: sopra, n. 271), quando siano state dichiarate in modo espresso « provvisoriamente esecutive » dal giudice, che le ha pronunciate.

C'è qualche caso, in cui la provvisoria esecuzione è, come si dice, « di diritto »; per esempio: sentenze dei conciliatori inappellabili per il merito, sebbene appellabili per motivi di competenza (art. 16, legge 16 giugno '92 n. 261, e art. 1 legge 15 settembre '22 n. 1287); sentenze di condanna emanate in corso di una procedura di fallimento (art. 913 cod. comm.); casi dell'art. 476 cod. comm., 388 cod. proc. civ. in materia di spese ecc.

S'intende, che, quando si usi come titolo una sentenza non divenuta irrevocabile (per es. ancora suscettibile di ricorso per cassazione o addirittura una sentenza munita soltanto di provvisoria esecuzione), e questa venga poi ad essere riformata od annullata, dalla riforma o dall'annullamento potrà venire a risultare, che il credito non sussisteva o quanto meno cadrà il titolo. In questo caso l'esecuzione, sebbene promossa in base a titolo giudiziale, risulterà in definitiva sostanzialmente infondata, e potrà quindi esser

considerata come illecita, nel senso e con tutte le conseguenze che già sappiamo (v. sopra, n. 325 e più oltre il n. 366).

Lo stesso art. 554 cod. proc. civ. annovera poi, al n. 2, « le ordinanze e gli altri atti (giudiziali), ai quali sia dalla « legge attribuito il carattere esecutivo ».

Ricordiamo qualche esempio: tassazione di indennità a favore dei testimoni (art. 245 cod. proc. civ.), tassazione di onorarii a favore dei periti (art. 267), tassazione di spese a favore di depositarii di scritture (art. 288) e varie altre dello stesso tipo; ordine di pagamento di quanto risulti incontestabilmente dovuto in base ad un rendiconto dato in giudizio (artt. 321 e 323). Altri casi si trovano nella stessa procedura di esecuzione, e li rivedremo (es. art. 717); altri in materia di procedura fallimentare, di procedimenti speciali ecc.

Una posizione particolare (e di particolare importanza) va fatta ai decreti di ingiunzione (v. parte generale, n. 96 e, più oltre, i nn. 333 e 360).

Posizione altrettanto particolare va fatta alle sentenze (di condanna, ben si intende) di autorità giudiziarie straniere, « delibate » e quindi rese esecutorie nel Regno (v. parte generale, n. 139). Qui il titolo esecutivo è complesso, e risulta dal connubio delle due sentenze. Però siamo ancora nel campo dei titoli schiettamente giudiziali.

Arriviamo, secondo noi, ad un tipo anfibio, con la sentenza degli arbitri, quando sia stata resa esecutiva dal pretore (v. parte generale, n. 127), e semprechè, naturalmente, contenga una condanna pronunciata dagli arbitri. Anche questo è titolo complesso, che risulta dal connubio della sentenza (lodo) e del decreto. Ma il decreto (che è atto giudiziale: nn. 127 e 138), pur conferendo la esecutorietà alla decisione degli arbitri, non può attribuirle quel carattere di vero e proprio provvedimento giudiziale, che essa non ha nelle sue origini (come si vede dal regime dell'azione di nullità, al quale resta soggetta non ostante l'esecutorietà: sopra, n. 127 cit.).

Come titoli di carattere schiettamente negoziale, non ostante che si formino in « ambiente » giudiziale, vanno con-

siderati i verbali di «conciliazione» (parte generale, n. 120), quando la legge attribuisca loro l'efficacia di titolo esecutivo. L'intervento conciliativo del giudice non può trasformare il negozio in provvedimento; e nemmeno può dirsi che al negozio si accoppii una specie di omologazione, perchè, a conciliazione ottenuta, la funzione dell'ufficio giudiziario si riduce a quella di documentazione, salvo forse qualche caso speciale, il cui esame sfugge ai limiti della nostra trattazione.

331 DI FORMAZIONE AMMINISTRATIVA sono innanzitutto tutti quei titoli esecutivi, che la pubblica amministrazione può creare o costituire a sè stessa, per la riscossione coattiva (diretta oppure indiretta, mediante il tramite delle «esattorie») di proprii crediti o pretesi crediti verso altri soggetti (cfr. parte generale, n. 98).

L'analisi e perfino l'elencazione di questi titoli, sfuggono alla nostra trattazione, perchè non possono esser fatte se non in relazione allo studio del diritto amministrativo e finanziario, e anche perchè, in molti casi, il procedimento esecutivo per la riscossione assume dei caratteri di procedimento speciale, per gli organi e per le forme. Tale è senza dubbio, e in modo tipico, il procedimento di riscossione esattoriale (parte generale, n. 110).

Ricorderemo soltanto, in via di esemplificazione, i ruoli delle imposte, resi esecutivi dalla intendenza di finanza (t. u. per la riscossione delle imposte dirette 17 ottobre '22, n. 1401, modificato con r. d. 6 novembre '30 n. 1465, e reg. r. d. 15 settembre '23 n. 2090); le «note di spese» di cui alla legge comunale e provinciale, rese esecutive dal prefetto, quelle di cui all'art. 378 della legge sui lavori pubblici, le «condanne» della intendenza di finanza o del ministro delle finanze per la riscossione di penalità pecuniarie in materia finanziaria ecc.

Anche qui, però, ci sono degli anfibii. Tali qualificheremo le «ingiunzioni» degli uffici del registro per la riscossione delle tasse di registro e quelle di altri ufficii demaniali per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato (artt. 144 e seguenti del t. u. legge di registro e t. u. 14 aprile 1910 per le entrate patrimoniali), ingiunzioni che, agli effetti esecutivi, devono esser vistate e rese esecutive dal pretore.

I titoli di origine amministrativa sono di regola impugnabili, nei modi stabiliti dalle relative leggi speciali. E se vengano riformati od annullati, l'esecuzione che sia stata fatta nel frattempo viene a rivelarsi infondata ed illegittima. Il più delle volte, però, le relative leggi speciali stabiliscono, che non si può impugnare il titolo, se prima non si sia pagato, e, cioè, non si può impugnare, se non per ripetere quel che si sia pagato (privilegio fiscale cosidetto del «*solve et repete*»). E allora è chiaro, che non può più verificarsi il fenomeno di una esecuzione processualmente illegittima ed infondata. Di regola poi lo Stato e gli altri enti pubblici, anche nel caso in cui venga annullato o dichiarato illegittimo il titolo, sono bensì tenuti alla restituzione di quanto abbiano percetto (e tutt'al più delle spese), ma non rispondono dei danni, il che viene a costituire anche sotto questo aspetto un regime di privilegio.

Una posizione tutta particolare, va fatta finalmente ai certificati di credito, rilasciati dal sindacato dei mediatori, in caso di cosidetta liquidazione coattiva di operazioni di borsa (art. 45 della legge 20 marzo 1913 n. 272 e disposizioni complementari e connesse, di cui al r. d. 14 maggio 1925 n. 601 e altre). Qui non c'è una formazione negoziale, con intervento di un pubblico ufficiale a scopo di documentazione, come avviene negli atti negoziali ricevuti da notaio o altro pubblico ufficiale (e di cui nel n. seguente); c'è invece una formazione autonoma, da parte di un organo od ufficio, che, in quanto procede alla liquidazione e rilascia poi il certificato a quegli effetti, funziona, secondo noi, con l'autorità e i poteri di un pubblico ufficio. Or non potendo riconoscere al sindacato carattere di ufficio giudiziario, altro non resta, che considerare il certificato come atto amministrativo a favore di privati.

DI FORMAZIONE NEGOZIALE devono considerarsi, secondo
332 noi, i titoli menzionati nel n. 3 dell'art. 554 cod. proc. civ., in questi termini: «gli atti contrattuali ricevuti da «notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato a riceverli».

Queste espressioni, piuttosto generali, della legge devono esser intese e precisate infatti, secondo noi, in questo senso: sono titolo esecutivo i negozii giuridici, coi quali una parte si costituisce o si riconosce (negozialmente) debitrice verso un'altra, di somme o di quantità certe e liquide (anche se esigibili in futuro), quando i negozi stessi siano documentati mediante atto pubblico, a sensi e per gli effetti degli artt. 1315 e seg. cod. civ.. La funzione del notaio o altro pubblico ufficiale, che «riceve» l'atto, conserva cioè, secondo noi, unicamente il suo carattere di documentazione; il notaio o il pubblico ufficiale non emettono un provvedimento, non ostante che la formula esecutiva, che essi sono autorizzati ad apporre di poi alla copia esecutiva dell'atto (v., più oltre, il n. 258), possa apparentemente farlo credere. Quindi, secondo noi, il titolo sta nel negozio, quando questo particolar mezzo di documentazione — che implica per la sua formazione una volontà ed una attività specifica delle parti, oltrechè l'intervento del pubblico ufficiale — concorra ad attribuirgli un particolare carattere di certezza.

Non è necessario, che si tratti di un negozio bilaterale e neanche di un negozio costitutivo; può essere unilaterale e ricognitivo: se si guarda alla ragion della legge, non si saprebbe il perchè di limitazioni in quel senso, onde par logica e corretta una interpretazione estensiva della espressione: «atti contrattuali». Parliamo tuttavia di negozio ricognitivo e non (come si fa, di solito, in pratica) di confessione di debito, perchè occorre che vi sia la dichiarazione di esser (e di voler essere) debitore, che è una dichiarazione relativa alla sussistenza di un rapporto giuridico e non una enunciazione di semplici fatti storici, onde si esorbita dalla nozione di confessione in senso tecnico (cfr. la parte speciale precedente, nn. 248 e segg. quanto all'atto pubblico, e nn. 243 e segg., quanto alla confessione e al negozio ricognitivo).

Ci può essere anche qui un anfibio, ed è dato dal caso di atti pubblici formati all'estero e resi esecutivi nel Regno, mediante un provvedimento di delibazione dell'autorità giudiziaria (v. sopra, n. 139, in fine).

Titoli esecutivi di formazione e di carattere schiettamente negoziale, sono finalmente le cambiali (e gli altri titoli di credito equiparati dalla legge alla cambiale per gli effetti esecutivi), a carico di obbligati che tali risultino dal tenore del titolo, a favore di chi ne sia legittimo possessore, al momento in cui (secondo la legge cambiaria e disposizioni parallele, complementari e connesse) il credito corrispondente diventi esigibile (cfr. art. 49 e segg. della legge cambiaria, r. d. 14 dicembre '33 n. 1669; artt. 45 e segg. 63 e segg., 84, 86, 90, 100, 104 ecc. del r. d. 21 dicembre '33 n. 1736 per gli assegni). Il titolo non muta carattere (dal nostro punto di vista), per il fatto che, per l'esercizio della azione cambiaria esecutiva, il titolo debba esser accompagnato talvolta dal protesto e anche dal conto di ritorno, documenti accessorii relativi alle condizioni di esigibilità e alla liquidazione degli accessorii.

PROCESSUALMENTE, cioè agli effetti della azione in senso
333 processuale, non basta però la esistenza del titolo esecutivo in senso sostanziale, perchè si possa promuovere la esecuzione. A questo effetto bisogna, come abbiamo già avvertito, che il creditore procedente sia «munito», cioè sia, anche materialmente, in possesso, talvolta del documento originale da cui risulta il titolo esecutivo, e tal'altra volta di una copia, caratterizzata da certi requisiti di forma, in modo da poterla esibire agli uffici esecutivi, per promuoverne la attività. Anzi deve esserne munito fino dal momento delle formalità preliminari alla esecuzione, che non sono materialmente possibili, senza il possesso di questa documentazione.

Questa documentazione viene a costituire, pertanto, il titolo esecutivo in senso processuale (necessario e sufficiente per promuovere il procedimento).

Quando si tratta di sentenze o di atti negoziali ricevuti

da notaio o altro pubblico ufficiale (il cui originale viene conservato in cancelleria o rispettivamente dal pubblico ufficiale o dai pubblici archivii, che gli succedono nella custodia), il creditore deve munirsi di una copia, non solo autentica, ma rilasciata con certe formule solenni, e che la legge qualifica: « copia spedita in forma esecutiva ». Questa copia deve esser intitolata in nome di S. M. il Re Imperatore e terminare con la formula sacramentale, dettata dall'art. 556 cod. proc. civ.: « Comandiamo a tutti gli « uscieri che ne siano richiesti ecc. ». In realtà, la copia è rilasciata dal cancelliere, dal notaio ecc., che non possono niente affatto dare « comandi » di questo genere. La formula si riduce pertanto ad un mero contrassegno esteriore e simbolico, che dovrebbe avere questo significato: che gli uffici, richiesti di procedere ad atti esecutivi (o anche quelli che siano richiesti di prestare il loro ministero per le formalità preliminari) possono (e debbono) riconoscere senza altro da questo contrassegno, che il titolo esecutivo formalmente esiste e, quindi, che essi non solo sono legittimati, ma sono tenuti, a prestare il loro ministero per quegli atti o quelle formalità.

Le prescrizioni relative al rilascio («spedizione») della copia in forma esecutiva, dovrebbero assicurare che l'ufficio o il pubblico ufficiale, che rilasciano la copia, controllino, prima di rilasciarla, che sussistano le condizioni volute, perchè il titolo spieghi la propria efficacia. Essi dovrebbero inoltre aver cura, che di ciascun titolo esecutivo non sia rilasciata (« spedita ») che una sola copia esecutiva, salvo che sia particolarmente giustificato dalle circostanze, il rilascio di una ulteriore copia (seconda, terza, ecc.).

Così, per esempio, il cancelliere, prima di rilasciare la copia in forma esecutiva di una sentenza di primo grado, dovrebbe verificare, che questa contenga una condanna per debito liquido e che sia provvisoriamente esecutiva o, in caso diverso, non sia più suscettibile di appello o di opposizione o sia stata confermata (al che dovrebbero servire le comunicazioni informative, che la legge prescrive siano date da una cancelleria all'altra). Similmente il cancelliere non dovrebbe rilasciare copia esecutiva di una sentenza di secondo grado, se non quando essa non sia suscettibile di opposizione contumaciale ecc. Il notaio od altro pubblico ufficiale, che ha ricevuto un atto negoziale, non dovrebbe rilasciare la copia spedita in forma esecutiva, se l'atto non contenga costituzione o ricognizione di debiti di danaro, certi e liquidi ecc..

Tanto il cancelliere quanto i notai od altri pubblici ufficiali, non dovrebbero rilasciare la copia in forma esecutiva, se non alla « parte », cioè al creditore.

Tutto questo meccanismo però non funziona in pratica, se non in modo piuttosto problematico e mal sicuro, cosicchè è possibilissimo che qualcuno ottenga la copia, spedita in forma esecutiva, di atti o provvedimenti, sostanzialmente non esecutivi. Nella quale ipotesi, se, col possesso del titolo in senso processuale, promuova effettivamente gli atti esecutivi, avremo uno dei tanti casi di esecuzione infondata ed illegittima, per difetto di uno dei suoi presupposti sostanziali, con tutte le conseguenze che derivano.

Quanto alla prescrizione di non rilasciare la copia esecutiva se non alla parte, e di non rilasciarne più di una senza giustificato motivo (da controllarsi dalla autorità giudiziaria a sensi dell'art. 557 del cod. proc. civ.), si coordina al concetto di impedire che, in base ad un unico titolo esecutivo in senso sostanziale, più persone (per es. più cessionarii, veri od apparenti, di uno stesso credito) possano trovarsi muniti di copia esecutiva, esponendo il debitore a più procedimenti esecutivi da parte di diversi creditori procedenti.

Queste disposizioni, ma però con alcuni radicali temperamenti, sono state applicate ed adattate anche al decreto ingiunzionale, in base alla legge che attualmente lo regola (r. d. 7 agosto '36 n. 1351, art. 25, e disposizioni connesse).

La legge stessa ha abbandonato, invece, per quasi tutte le altre figure di titolo esecutivo, questo meccanismo della copia spedita in forma esecutiva.

Intanto per le ordinanze e per i decreti di cui al n. 2 dell'art. 554, il meccanismo era già stato abbandonato dallo stesso codice di procedura. Il creditore deve pur sempre

munirsi di copia autentica del provvedimento, ma si considera l'originale come già virtualmente munito della formula di comando, e basta quindi una copia nelle forme ordinarie. Non ci sono prescrizioni tassative circa la persona, a cui può essere rilasciata la copia, nè circa il rilascio di copie ulteriori.

Quanto alle cambiali e agli altri titoli di credito, equiparati alle cambiali per gli effetti esecutivi, non ci sarebbe stata neanche la possibilità di prescrivere l'uso di copia autentica (in senso proprio) e tanto meno di copia spedita in forma esecutiva, perchè il documento originale, dal punto di vista della procedura, è una semplice scrittura privata. Qui il creditore procedente deve essere munito addirittura dell'originale, coi relativi documenti complementari, quando occorra (protesto e conto di ritorno).

Anche i certificati di credito, a seguito di liquidazione di borsa, vengono rilasciati in originale, e dell'originale deve esser munito il creditore procedente.

Per gli altri titoli di formazione amministrativa, finalmente, vigono delle disposizioni speciali, proprie e caratteristiche per ciascuno di essi, e non si applicano le disposizioni del codice di procedura sulla copia in forma esecutiva (sebbene qualche formalità amministrativa sembri aver risentita una certa influenza, più o meno indiretta, del sistema del codice). Ma qui dobbiamo rimandare, come abbiamo già detto, ad altre trattazioni.

334 L'INTEGRAZIONE (agli effetti processuali) del titolo, con altri elementi estranei al provvedimento od al negozio originario, è finalmente l'ultimo punto, che ci resta da toccare. Resta a vedere, cioè, se chi intende procedere alle formalità preliminari e poi agli atti esecutivi, possa valersi (presso gli ufficii ai quali deve rivolgersi), di elementi documentali o di altri mezzi di prova integrativi (quando occorrano), per completare il contenuto del titolo o per legittimare il proprio possesso (diritto di servirsene).

Quanto al protesto e al conto di ritorno, sono già considerati dalla legge, come eventuali elementi integrativi

dei titoli cambiarii. Ma ci si può servire anche di altri amminicoli non preveduti, come tali, dalla legge?

Per quanto concerne la esigibilità e la liquidità del credito, a nostro avviso, bisogna che questa fondamentalmente risulti dal titolo in senso sostanziale e quindi anche dalla documentazione del titolo, che viene esibita o consegnata agli ufficii, che devono prestare il loro ministero per gli atti preliminari o per quelli di esecuzione. Potrà essere integrata talvolta, come abbiamo visto, con operazioni di calcolo o conteggi, che la parte inserisca o faccia inserire nel precetto. Ma non può esser fornita da altri documenti od elementi di prova, per il cui esame o per la cui valutazione gli ufficii stessi, in sede di esecuzione, non hanno poteri nè attribuzioni di sorta. Per conseguenza, quando fosse necessario il concorso di elementi probatorii estranei, gli ufficii dovrebbero rifiutarsi di prestare il loro ministero. Se non ostante tutto lo prestino, questa diventerà, per il debitore esecutato, materia di opposizione e di istanze di nullità degli atti già compiuti.

Quando invece il compimento di atti o di formalità preliminari sia richiesto da chi sia bensì nel possesso materiale della documentazione (titolo esecutivo processuale), ma non sia quello stesso soggetto che risulta identificato come creditore nel titolo, riteniamo che gli ufficii giudiziarii a cui egli si rivolge, debbano chiedergli la giustificazione della sua qualità a procedere alla esecuzione. Bisognerà, cioè, che egli dimostri di essere erede od avente causa del creditore originario (risultante dal titolo), se egli vuol agire in nome proprio, o suo legittimo rappresentante, se vuol agire in nome di lui. Gli uffici esecutivi potranno procedere alla relativa verifica all'effetto di prestare (o non prestare) il proprio ministero (arg. anche dall'art. 2082 cod. civ.), sulla documentazione che venga loro esibita, e che dovrà esser menzionata nel precetto, senza pregiudizio, ben si intende, delle eventuali contestazioni del debitore in via di opposizione al precetto medesimo.

Similmente potranno esser chieste le opportune giustificazioni, quando si intenda procedere contro chi non figuri

identificato nel titolo come debitore (arg. dall'art. 560 cod. proc. civ.), salvo quanto diremo più avanti sul mutamento di soggetti in corso di procedimento.

§ 4. — *Oggetto materiale e contenuto del procedimento.*

OGGETTO, rispetto al procedimento esecutivo, è espres-
335 sione che naturalmente può prendersi in vario senso: oggetto materiale dell'esecuzione sono o divengono i beni colpiti; oggetto (nel senso di contenuto giuridico) sono le operazioni, che si compiono nel processo rispetto a quei beni. Questo diverso significato, che può assumere la parola, si riscontra, del resto, rispetto a tanti altri fenomeni giuridici. Così, per es., si dice che oggetto (materiale) della vendita è la cosa, ma oggetto in senso giuridico è il trasferimento del diritto sulla cosa o lo scambio, che si attua fra trasferimento della cosa e corresponsione del prezzo.

Ai fini di questo capitolo, sarà utile che cominciamo dal considerare l'oggetto materiale (beni), e parleremo dopo dell'oggetto nel senso di contenuto del processo.

I beni, che possono essere concretamente assoggettati alla esecuzione, distraendoli a questo scopo dal patrimonio del debitore, abbiamo detto che sono: tutti quelli che potrebbero essere oggetto di alienazione volontaria in via di trasferimento a titolo oneroso, salve soltanto alcune eccezioni, espressamente introdotte dalla legge, e che vedremo.

Per questa nozione della alienabilità, non ci resta quindi che rinviare alle trattazioni di diritto sostanziale. Avvertiamo soltanto, che volgarmente si considerano come oggetto di alienazione le cose (e questo modo di pensare empirico, ma tradizionale, è così radicato, che la legge stessa in moltissime disposizioni ne ha subìto l'influsso, e noi stessi non sempre potremo sottrarcene). Dal punto di vista giuridico, però, oggetto di alienazione e di trasferimento (in modo autonomo) sono invece soltanto alcuni diritti reali sulle cose (proprietà, usufrutto, ecc.), alcuni diritti a struttura analoga a quella dei diritti reali, ma che hanno

per loro centro di gravitazione degli interessi e delle facoltà, che non riguardano se non indirettamente cose corporali (diritti di autore, privative ecc.), e finalmente certi diritti ad una prestazione altrui (crediti trasferibili). Questi sono i beni-diritti, che in massima possono divenire oggetto materiale anche di spropriazione forzata.

Diritti di questo genere, in massima, non possono sussistere, essere costituiti o trasferiti od essere oggetto di prestazione, se non su «cose», che ne siano riconosciute «capaci» dalla legge, non su cose, che siano (o che essa ponga) «fuori di commercio», e così, per esempio, non su cose comuni a tutti, e neanche su cose che siano state dichiarate «demaniali». Il suggello della demanialità si considera impresso di solito sulla cosa nella sua materialità, onde essa viene poi ad esser soggetta ad un regime giuridico tutto diverso (di sovranità e non di diritto privato). Tuttavia vi possono essere delle concessioni amministrative su cose demaniali, sulle quali si consente di fondare, per così dire, in concorso con altri elementi, dei diritti alienabili o cedibili, in modo analogo a quello proprio dei diritti privati (così in materia di miniere, di impianti idroelettrici alimentati dal corso di acque pubbliche ecc.). Nel qual caso può esser data, in questo campo, anche la possibilità della spropriazione forzata. Viceversa ci sono delle cose sulle quali, in sè e per sè, non viene impresso il suggello della demanialità, però possono essere temporaneamente destinate con atto della pubblica amministrazione a «pubblici servizii» dello Stato o di altri enti, ed allora la spropriazione incontra un ostacolo (temporaneo, ma temporaneamente non superabile) in questo atto di destinazione amministrativa, di fronte alla quale l'autorità giudiziaria è disarmata (arg. da quanto accennato nella parte generale, n. 99 in fine).

Di ordine affine a questo, sebbene con caratteri proprii, può considerarsi la destinazione di certe cose al culto (il che si verifica però, a quanto pensiamo, soltanto per il culto della religione cattolica, in relazione al regime di concordato oggi vigente).

Anche nello stesso campo del diritto privato, e per in-

filtrazione di criterii di pubblico interesse, vi sono, del resto, dei fenomeni di destinazione, che impediscono o limitano temporaneamente la alienabilità e quindi anche la spropriazione (per es. beni costituiti in dote) o soltanto la spropriazione (così si ritiene, in massima, e almeno dentro certi limiti, per i frutti della dote). Fenomeni specialissimi di questo genere, si hanno perfino in materia di pretto interesse privato, ma quando ci siano degli interessi « di massa » da tutelare, per es. in materia di assicurazioni, in materia dell'ordinamento di certi titoli di credito e così di seguito. Di mero diritto privato, ma sempre per riguardo alla destinazione, oltrechè alla origine, è la esenzione dalla spropriazione (impropriamente espressa con un accenno al sequestro), di cui all'art. 1 800 cod. civ. (rendita vitalizia).

Ancora e sempre dalle norme di diritto sostanziale dipende il determinare, se certi diritti sulle «cose» siano o non siano alienabili e quindi anche suscettibili di spropriazione (non separatamente alienabili, per esempio, saranno di regola le servitù prediali, sebbene il rigore tradizionale della regola subisca oggi qualche strappo). Dalle stesse norme (di diritto sostanziale) dipende, se e come la configurazione stessa delle cose, oppure il oro raggruppamento per ragioni di accessione, destinazione ecc. possano essere modificati, spezzati o dissolti in via di alienazione volontaria o di spropriazione forzata parziale (v. però, più oltre, nel n. seguente, una disposizione del cod. proc. civ. in ordine alla accessione per destinazione). Dal diritto sostanziale dipende infine il determinare, se possano essere oggetto di spropriazione, per così dire, globale oppure frazionata, certe universalità di diritto o di fatto (come l'eredità o rispettivamente l'azienda).

Ma indipendentemente da tutti questi casi, o più o meno in correlazione con qualcuno di essi, lo stesso codice di procedura civile e qualche altra legge speciale introducono delle limitazioni alla spropriabilità, per considerazioni o contingenze, che vengono per così dire in luce soltanto in relazione al fenomeno processuale, e allora si parla di casi di impignorabilità o insequestrabilità di carattere o di diritto processuale. Di questi casi dovremo fare un rapido cenno, secondo gli schemi didattici consueti, pur avvertendo, che molte volte è assai dubbio o discutibile, dove finisca o dove cominci la prevalenza del diritto processuale su quello sostanziale e viceversa.

La «IMPIGNORABILITÀ» è introdotta dal codice di pro-
336 cedura civile per certi determinati beni, in considerazione di certe necessità materiali o morali del debitore, degne di riguardo, o dei suoi obblighi di pubblico servizio. Si sogliono distinguere, a questo proposito, casi di impignorabilità assoluta e relativa.

Esempii tipici di impignorabilità assoluta (cioè non condizionata) sono quelli dell'art. 585 cod. proc. civ. (letto, abiti ecc., lettere, registri e scritti di famiglia, armi e divise militari ecc.).

Fra i casi di impignorabilità relativa (cioè limitata o condizionata) ricordiamo quelli dell'art. 586 n. 2 e seguenti (cioè libri, stromenti, macchine, farine e derrate, la vacca, le due capre o le tre pecore ecc., pignorabili soltanto in difetto di altri beni e soltanto per crediti di alimenti, fitti, pigioni o altri crediti privilegiati). Dello stesso ordine è la impignorabilità parziale e relativa degli assegni alimentari di cui all'art. 592 (se non per crediti a loro volta di alimenti e con permissione dell'autorità giudiziaria, entro certi limiti), la impignorabilità delle indennità e rendite dovute a seguito di infortunio sul lavoro ecc. In parte dello stesso ordine e in parte introdotta per favorire (a quanto crediamo) questa forma di previdenza, è la impignorabilità delle somme assicurate sulla vita di determinate persone (art. 5 del r. d. 29 aprile 1923 n. 966).

Per riguardo alle esigenze dei pubblici servizii, oltrechè per il carattere alimentare, sono dichiarati, almeno parzialmente e condizionatamente, impignorabili gli stipendii degli impiegati dello Stato o di altri enti pubblici (art. 591 cod. proc. civ. ; leggi 13 luglio 1910 n. 448, 16 dicembre 1915 n. 1362 e altre complementari, estese per l'art. 6 del concordato agli assegni degli ecclesiastici). Unicamente per ri-

guardo alle esigenze del pubblico servizio, sono dichiarate impignorabili le somme dovute agli appaltatori delle opere pubbliche (art. 591 capov., art. 351 e segg. legge sui lavori pubblici).

Per riguardo all'interesse della navigazione, oltrechè al carattere alimentare, sono dichiarati relativamente impignorabili gli emolumenti dei marinai (art. 545 c. comm.); per riguardo all'interesse della navigazione (dei caricatori, dei passeggeri ecc.) è dichiarata impignorabile la nave pronta a partire (art. 881 cod. comm.).

Per riguardo agli interessi dell'agricoltura, dell'industria, del commercio ecc., sono dichiarati relativamente impignorabili come beni mobili (art. 586 n. 1 cod. proc. civ.) quelli reputati immobili per destinazione (salvo, ben s'intende, esser coinvolti nella spropriazione dell'immobile) e così: strumenti, attrezzi, utensili, bestiame ecc., di cui all'art. 413 del cod. civ.. Di più dispone il cod. proc. civ., a questo proposito, che il pretore «su istanza di chiunque vi abbia interesse», quando vi sia luogo al pignoramento di accessorii di questo genere, può «delegare un agente» per la continuazione della coltivazione delle terre e per l'esercizio delle officine, fucine, manifatture ecc..

Per esigenze tecniche dei servizii, ma anche per favorire queste particolari forme di impiego di capitali o di trasmissione di valori, a cui pure è connesso qualche pubblico interesse, sono dichiarate più o meno rigidamente impignorabili le iscrizioni nominative nel gran libro del debito pubblico (art. 47 del t. u. 13 luglio 1910 n. 536), così i libretti delle casse di risparmio postali e certi altri depositi «a risparmio», i vaglia postali ecc.

Per riguardo agli interessi dell'agricoltura, troviamo finalmente due casi di impignorabilità temporanea e transitoria negli artt. 588 e 589 (bachi da seta in allevamento e frutti pendenti).

I DIRITTI DI CONDOMINIO sono soggetti, nella spropriazione
337 forzata, ad un trattamento particolare, nel senso che possono esser colpiti direttamente coi primi atti esecutivi (pignoramento, sequestro esecutivo nel senso di cui più oltre), come diritti su quota ideale, ma non si può procedere alla vendita, se non dopo la divisione, salvo che il procedente sia creditore di tutti i condomini. In questo ultimo caso, vengono giudizialmente venduti tutti i diritti di condominio in blocco, in quanto nel loro complesso ricostituiscono per l'acquirente il diritto solitario e pieno sulla cosa (arg. dagli art. 2077 cod. civ. e 590 cod. proc. civ.).

Però, bisognerà poi istituire dei distinti giudizii di reparto per la quota di «competenza» di ciascun condomino, ogni qualvolta vi siano, per ciascuno di essi, altri e diversi creditori concorrenti.

Questo praticamente significa, che, all'infuori del caso suaccennato, il creditore procedente, dopo avvenuto il pignoramento (nel senso di cui sopra), se vuol arrivare alla realizzazione forzata del diritto del condomino, deve promuovere surrogatoriamente la divisione (artt. 684 e 984 e segg. cod. civ.), e poi far procedere alla vendita giudiziale delle cose, parti o lotti di cose, che gli siano state assegnate in divisione. Che se in sede di giudizio divisionale risulti, che la cosa o le cose non sono comodamente divisibili, onde bisogna procedere alla vendita per gli effetti della divisione (artt. 987 e 988 cod. civ.), questa si sostituirà alla vendita giudiziale in sede di spropriazione.

La cosa è chiara, quando si tratti di singole cose in condominio (o in cousufrutto). Men chiara è, quando si tratti di cose, che cadono in un intero patrimonio in comunione (caso, per esempio, della comunione ereditaria). In questo caso, è dubbio se il creditore possa procedere al pignoramento di singoli beni, come se fossero uno per uno in condominio o se non occorra invece premettere la divisione del patrimonio (da chiedersi in via surrogatoria), e poi procedere all'esecuzione sul lotto assegnato al debitore. Per ragioni pratiche è prevalente la prima soluzione, mentre parrebbe, in astratto, più corretta la seconda. Certo si è che, adottando la prima soluzione, può avvenire che la cosa colpita col pignoramento, non sia assegnata per nulla al debitore, cosicchè il pignoramento resti vano, come può

avvenire, del resto, che gli sia assegnata per intero, nel qual caso il pignoramento e la successiva vendita si estendono al diritto pieno su tutta la cosa.

338 LA SCELTA dei beni da colpire spetta, di regola, al creditore procedente (v. sopra, parte generale n. 57).

Non vi sono ordini legali di precedenza, se non in qualche caso di procedimenti speciali (es. precedenza della spropriazione dei mobili sugli immobili nella procedura fiscale, che però sta fuori della nostra trattazione) e in qualche particolare situazione, come quella dell'art. 2080 cod. civ., per cui il creditore, senza il consenso del debitore, non può far subastare gli immobili che non sono ipotecati a suo favore, se non quando i beni ipotecati pel suo credito sono insufficienti. C'è anche il caso della vacca e delle due capre o delle tre pecore, di cui all'art. 586 n. 4, ricordato sopra, e qualche altro trascurabile.

Pensiamo però, che nella esecuzione mobiliare, quando il debitore offra al pignoramento dei beni sufficienti e la cui spropriazione non presenti particolari difficoltà, il creditore non possa vantare un legittimo interesse a volerne colpire di preferenza degli altri, onde, in caso di conflitto, possa intervenire con facoltà moderatrici il giudice della esecuzione.

Un intervento moderatore della autorità giudiziaria (giudice della esecuzione o delle esecuzioni), è invece esplicitamente preveduto dalla legge, per quanto riguarda la quantità e il valore dei beni da colpire.

Il creditore procedente può promuovere simultaneamente l'esecuzione sui mobili e quella sugli immobili. Però dispone l'art. 567 cod. proc. civ.: « se la cumulazione risulti eccessiva, l'autorità giudiziaria può restringere il procedimento « al mezzo di esecuzione che sia scelto dal creditore, o, in « difetto, determinato da essa, e può anche condannare il « creditore al risarcimento dei danni ».

Un eccesso di estensione del pignoramento può verificarsi anche nell'ambito di una unica procedura, esclusivamente mobiliare od esclusivamente immobiliare. Anche in questi casi, l'autorità giudiziaria ha una funzione moderatrice, a

sensi rispettivamente dell'art. 584 cod. proc. civ. e 2088 cod. civ., ai quali rinviamo.

Queste disposizioni sono ispirate ad un criterio intuitivo di equità. Però esse hanno un gravissimo vizio, e cioè che danno luogo a questo intervento moderatore, prima che si sappia in modo definitivo e preclusivo, quali saranno i creditori concorrenti al reparto, cosicchè può avvenire che, a seguito di un concorso successivo di creditori (e magari di creditori privilegiati), il creditore procedente, che ha subìta la limitazione giudiziale del pignoramento, non trovi poi « capienza » nel reparto per la totalità del suo credito, o magari ne esca a mani vuote. Difetto questo, che meriterebbe di essere corretto con una più rigorosa disciplina del concorso e del reparto, oppure col riconoscimento di un diritto preferenziale al creditore procedente.

Fa poi difetto nella legge un metodo di coordinamento, ed eventualmente di limitazione, nel caso in cui più procedimenti siano promossi in circoscrizioni giudiziarie diverse (mentre invece un coordinamento c'è, se siano promosse nella stessa circoscrizione ; e lo vedremo a suo tempo). In quel caso la legge non provvede alla loro unificazione (neanche se siano tutte mobiliari o tutte immobiliari), salvo, soltanto, per gli immobili il disposto dell'art. 662 cod. proc. civ., dal quale risulta, che eccezionalmente un tribunale può provvedere anche alla spropriazione di beni situati fuori della sua circoscrizione. Salvo questo caso particolare, manca qualunque designazione di un giudice competente a funzionare da giudice (superiore) di tutte le esecuzioni in corso. Queste avranno quindi corso indipendente. Ogni creditore potrà concorrere nel reparto di ciascuna esecuzione, per la totalità del suo credito. Non c'è che il controllo reciproco fra di loro nei varii reparti, e quello del debitore esecutato, che possano impedire, almeno in questa sede, abusi altrimenti possibili.

339 LA NATURA giuridica dei diritti (beni), che si intendono colpire in concreto con la esecuzione forzata (diritti reali o crediti, diritti mobiliari o immobiliari), e talvolta la situazione di fatto in cui si trovano (presso il debitore o

presso terzi), determinano, come sappiamo, delle profonde varietà di forme nella procedura applicabile.

Valgono, anche a questo proposito, le distinzioni e le classificazioni del diritto sostanziale, con qualche particolare deviazione. Lasciamo da parte il caso della nave, la cui spropriazione assume il carattere di procedimento speciale, e che ha caratteri misti di mobiliare ed immobiliare. Torniamo a ricordare piuttosto, anche nel campo dei procedimenti ordinarii, il caso degli immobili per destinazione, che possono cadere or sotto la procedura di spropriazione immobiliare or sotto quella mobiliare. Ricordiamo, che i crediti si colpiscono con la procedura di spropriazione presso terzo; però questo non vale più nel caso in cui siano incorporati in titoli di credito all'ordine o al portatore, nel qual caso occorre colpire il titolo (come cosa) e non il credito (come tale). Ricordiamo, che vi possono essere dei beni considerati come immobili, sebbene non si incorporino col suolo: il codice civile menziona i natanti nell'art. 409. Secondo noi, debbono considerarsi come tali anche gli opifici, le reti di distribuzione di acqua potabile, di gas, di energia elettrica, le ferrovie (quando siano spropriabili senza ferire la destinazione a pubblico servizio ecc.), anche se « installate » su suolo altrui (o su suolo demaniale). Ricordiamo, che forme speciali divengono necessarie, in relazione al loro particolare ordinamento, per certi diritti su cose incorporali, come i diritti di autore (per i quali ci sono anche dei particolari limiti alla pignorabilità, per riguardo al diritto spirituale o morale dell'autore), privative industriali ecc.

E poi qui ci fermiamo, per non smarrirci in una casistica, che, in fondo, non è materia propria della nostra trattazione.

340 OGGETTO in senso giuridico processuale (contenuto giuridico) della esecuzione sono, come dicevamo più sopra, le operazioni, che, nel corso del procedimento, si debbon compiere rispetto ai beni, che ne costituiscono l'oggetto in senso materiale, per arrivare (se si può) al risultato finale di soddisfare (mediante quei beni) i creditori.

Abbiamo già detto nella parte generale (n. 104), come queste operazioni procedano per diversi tempi o diversi momenti successivi (anche cronologicamente distinti), intorno ai quali si polarizzano diverse funzioni delle parti e del giudice (con una differenziazione anche più profonda, di quella rilevata per il processo di cognizione: v. sopra, n. 225).

« L'esecuzione forzata », secondo l'art. 562, « deve esser « preceduta dalla notificazione del titolo esecutivo e del pre« cetto ». Queste costituiscono pertanto delle formalità preliminari, piuttosto che atti del procedimento, sebbene a certi effetti se ne sia potuto dubitare (v., più oltre, il cap. II).

I momenti o tempi successivi del procedimento propriamente detto, sempre in conformità di quanto abbiamo già premesso nella parte generale, si possono poi distinguere così: identificazione dei beni che si assoggettano alla esecuzione (con la conseguente perdita del diritto di disporne da parte del debitore); vendita dei beni; eventuale determinazione del reparto fra i creditori concorrenti; assegnazione in pagamento del danaro ricavato, in conformità al giudizio di reparto.

Quando si proceda alla assegnazione diretta dei beni, in luogo di pagamento in danaro, resta eliminato naturalmente il momento della vendita.

Intorno a queste posizioni diverse e successive del procedimento, sarà utile dare fin d'ora qualche sviluppo delle nozioni già anticipate nella parte generale, lasciando poi lo studio (più o meno approfondito) dei dettagli, ai capitoli nei quali parleremo descrittivamente delle forme dei varii procedimenti (mobiliari, immobiliari ecc.), dalle quali forme quei dettagli sono praticamente inscindibili.

341 IL PIGNORAMENTO (nel senso generico o generale, che può assumere questa espressione, sebbene dalla legge sia usata in modo specifico solo per i mobili) è l'atto, che serve ad identificare i beni, che vengono assoggettati alla esecuzione. Quanto meno, anche se, per esser più esatti, non implichi nè un assoggettamento definitivo, nè una definitiva identifica-

zione, serve quanto meno a fissare, per così dire, su determinati beni la pretesa esecutiva del creditore. Si capisce come possa ancora avvenire, che questa pretesa risulti poi infondata, o che il creditore venga altrimenti « tacitato », o che perda, per inerzia o per rinuncia, la possibilità di procedere oltre; e allora anche il pignoramento cadrà, insieme con tutti gli atti esecutivi compiuti. Può essere d'altra parte, che la pretesa di esecuzione sia stata spiegata, per equivoco, su beni non pignorabili o su beni, che non appartengono al debitore; e in questo caso la identificazione dovrà essere corretta, « separandone » ciò che non può esser oggetto materiale di esecuzione (e se nessuno dei beni colpiti, per l'una o per l'altra di queste ragioni, possa esser spropriato, cadrà, anche in questo caso, tutto il pignoramento, insieme con gli atti esecutivi già compiuti). Ma, salve queste possibili cause di correzione o di estinzione, il pignoramento, in quanto spieghi i suoi effetti, isola, identificandoli, i beni colpiti, da tutto il resto del patrimonio del debitore, e li assoggetta in concreto alla procedura esecutiva iniziata. Ormai, si può dire che (salve quelle eventuali correzioni) essi hanno una destinazione legalmente stabilita, cioè quella di servire, attraverso la procedura esecutiva, al soddisfacimento del creditore procedente e degli altri aventi diritto; e non possono più esservi sottratti.

Di qui deriva essenzialmente quel fenomeno, che nella « parte generale » (n. 104) abbiamo chiamato la perdita per il debitore della facoltà di disporne; e che si trova rappresentato in un inciso dell'art. 2085 a proposito della spropriazione immobiliare, inciso che ha indubbiamente valore generale (mentre il resto dell'articolo è specifico per quelle forme di spropriazione): « il debitore non può alienare i « beni medesimi nè i frutti ».

Resta a vedere, come si debba costruire (e cioè come si debba intendere e classificare) il fenomeno, in relazione al sistema generale del nostro diritto. Certamente, il bene in questo momento non cessa di « appartenere » al debitore. Volgarmente, e guardando all'ipotesi più frequente in pratica, si può dire, che il debitore non perde la proprietà; la perderà solo più tardi con la spropriazione effettiva (v. il n. 342). Certamente non si può ritenere neppure, che venga deformato nella sua struttura organica il diritto, che apparteneva al debitore; certamente non si può dire che egli perda la capacità personale di agire e quindi di disporre dei beni; certamente non si può parlare, come parlava la dottrina men recente, di una nullità degli atti di disposizione da parte sua, perchè questi atti, come negozii giuridici, non sono soggetti ad annullamento in senso proprio, e non sono neanche, come ora diremo, considerati giuridicamente come inesistenti. Non resta, a quel che pare, se non concludere che qui la legge introduce una inefficacia legale (relativa) degli atti di disposizione, nel senso che essi, almeno in linea di massima, non possono avere effetti in pregiudizio dell'assoggettamento e della destinazione specifica dei beni alla soddisfazione forzosa del creditore procedente o degli altri aventi diritto, e non possono neppure portare modificazioni, intralci o complicazioni di sorta agli atti esecutivi. Per questo rispetto, gli atti di disposizione si possono considerare come giuridicamente irrilevanti; il procedimento prosegue o dovrebbe proseguire, come se il negozio non esistesse. In realtà però il negozio, sebbene colpito da questa inefficacia relativa, esiste, e, in certe ipotesi o in certe altre direzioni, può produrre degli effetti giuridici.

Così, se il debitore alieni delle cose pignorate e poi, per una qualsiasi ragione, il procedimento esecutivo venga a cadere prima della vendita giudiziale (ad esempio per perenzione, per rinuncia, per pagamento dei creditori ecc.), venendo a cadere con ciò la ragione della inefficacia relativa, il negozio viene a spiegare in pieno tutti i suoi effetti (retroattivamente, per quanto è possibile, al giorno della sua conclusione). Dunque esso esisteva. Paralizzato bensì momentaneamente, e paralizzato anzi col rischio che, proseguendosi gli atti esecutivi, la paralisi divenisse totale e definitiva, purtuttavia esisteva.

E per rendersi conto della importanza pratica di questo rilievo, basterà notare che, per far cadere l'esecuzione, può esser sufficiente talvolta pagare il creditore procedente (o,

quanto meno, il creditore procedente e certi altri, che avrebbero diritto di «surrogarsi» a lui nel far procedere l'esecuzione). Per conseguenza, l'acquirente di cosa pignorata, che voglia dare pieno effetto al suo acquisto, può provvedere lui stesso al pagamento (magari in conto prezzo) ed otterrà, con ciò, l'effetto a cui tende.

Del resto, può anche avvenire, che il debitore esecutato, proprietario delle cose pignorate, non solo alieni, ma (sia pure commettendo un successivo atto illecito) consegni le cose alienate «in potere e possesso dell'acquirente». Rispetto alle cose mobili pignorate, la legge cerca di prevenire di fatto questa possibilità, organizzando un apparato di custodia delle cose (nomina di custode ecc.). Ma non è detto, che l'apparato funzioni sempre in modo perfetto. Nel caso della procedura immobiliare poi, per quanto riguarda i frutti e gli accessorii delle cose vendute, che con la separazione diventano mobili, non c'è, di solito, neanche questo apparato. Ora supponiamo, che avvenga anche la consegna, e che il terzo acquirente possa dimostrare la propria buona fede. È opinione universalmente accolta, che il terzo può invocare per sè il principio, che possesso delle cose mobili val titolo per il terzo acquirente di buona fede. Anche questo sta a significare, che il negozio di alienazione non si considera radicalmente inesistente.

342 La vendita giudiziale (così chiamata nella pratica e anche nella legge), è il provvedimento (di espropriazione propriamente detta) con cui l'autorità giudiziaria (o chi per essa) trasferisce d'autorità i beni, già assoggettati ad esecuzione, ad un «acquirente», contro pagamento od obbligo di pagare un prezzo.

Un fenomeno cosiffatto di disposizione di un bene altrui per atto di autorità, non è senza esempio nel nostro ordinamento giuridico, anche fuori del campo del diritto processuale: basta pensare alla espropriazione per pubblica utilità e alle requisizioni in tutte le lor varie forme, antiche, moderne e modernissime. Al qual proposito, si ricordi, che una siffatta espropriazione può avvenire da parte dello Stato, non

soltanto a proprio favore e per l'effetto di acquistare per sè, ma anche all'effetto di far acquistare ad altri. Ci sono delle leggi, che prevedono, anzi, questa ipotesi della spropriazione a favor d'altri, come ipotesi normale (leggi in materia di concessione di ferrovie alla industria privata, leggi in materia di derivazione di acque pubbliche per impianti idoelettrici, leggi in materia di miniere, leggi in materia di servitù o quasi-servitù forzose di acquedotti, elettrodotti ecc., leggi sugli «ammassi» del grano, della seta e di altri prodotti ecc.). Non può apparire pertanto singolare e difficile da immaginare, neanche la spropriazione a scopo esecutivo.

Resta però il problema di trasportare e di adattare al fenomeno della spropriazione varie regole, che valgono per i negozii di alienazione, e che evidentemente devono trovare un equivalente od un parallelo anche in quel caso, mentre la legge o è muta o poco ci dice. Bisognerà evidentemente ragionare per analogia o in base ai principii. E non è sempre facile.

Accenniamo rapidamente a qualche aspetto più importante del problema.

Qui, per effetto del provvedimento di autorità, il diritto spropriato passa direttamente (come del resto in tanti casi di espropriazione amministrativa, ricordati più sopra) dal debitore esecutato (spropriato) all'acquirente. Par logico quindi, che si debba trasportare a questo caso la regola, che l'acquirente non può acquistare maggiori diritti di quelli che avesse il suo dante causa (e cioè, nel caso nostro, il debitore esecutato), salve le deviazioni dal principio, introdotte dalla legge per determinate ipotesi. Infatti troviamo applicato il principio alla spropriazione immobiliare nell'art. 686 cod. proc. civ., mentre per la spropriazione mobiliare si applica indubbiamente, a favore dell'acquirente, la deviazione, per cui possesso delle cose mobili val titolo per il terzo acquirente di buona fede (rafforzata, a nostro avviso, dal disposto dell'art. 648 cod. proc. civ.). Resta per la immobiliare il dubbio, sul come si applichi il principio dell'istituto della trascrizione,

per cui fra più acquirenti è preferito quello, che trascrive per primo. Il dubbio non sorge, naturalmente, nel conflitto fra l'acquirente giudiziale e chi abbia acquistato dal debitore e trascritto prima del pignoramento (che si fa, come vedremo, con la trascrizione del precetto), perchè è certo, che in questo caso prevale l'acquisto trascritto anteriormente. Non sorge il dubbio neanche per il caso di conflitto fra l'acquirente giudiziale e chi abbia acquistato dopo il pignoramento (cioè dopo la trascrizione del precetto), perchè quest'ultimo acquisto è inefficace rispetto all'acquirente giudiziale (v. il num. prec.). Il dubbio sorge di fronte a chi abbia acquistato prima del pignoramento (cioè prima della trascrizione del precetto) e trascriva dopo di questo, ma prima della trascrizione della vendita giudiziale. Secondo alcuni, prevale la vendita giudiziale, perchè giova all'acquirente giudiziale la precedente trascrizione del precetto (con una certa analogia a quanto avviene a seguito della trascrizione della citazione nei casi di cui all'art. 1933 n. 3 e in altri casi dello stesso tipo). Ma questa soluzione non convince (cfr. anche il n. 392).

Sempre in considerazione del passaggio diretto dal debitore espropriato all'acquirente giudiziale, riteniamo che questo possa «unire» il proprio possesso a quello del debitore esecutato, a sensi dell'art. 693 cod. civ., «per invocarne e goderne gli effetti» (ad es. per l'usucapione).

Viceversa poi, quando si tratti di considerare il caso dell'evizione, che si verifichi in danno dell'acquirente giudiziale, non si può dimenticare che non siamo di fronte ad una vendita fatta volontariamente dal debitore, ma subìta da lui, per effetto di un provvedimento di autorità. L'evizione dell'acquirente non potrà verificarsi per le cose mobili, non solo perchè vale la regola: possesso delle cose mobili val titolo ecc. ecc., ma anche per il disposto dell'art. 668 cod. proc. civ., secondo il quale, avvenuta la vendita, qualunque domanda in separazione del terzo si converte in domanda di separare a proprio favore il prezzo realizzato. L'evizione potrà verificarsi invece per gli immobili, se il diritto, venduto giudizialmente, non spettava in realtà al debitore spropriato (v. sopra). Ora non sembra possa ammettersi, che il debitore sia tenuto a garantire l'acquirente a sensi degli artt. 1481 e 1482 e segg., perchè questi articoli presuppongono, secondo noi, la volontarietà della vendita. E, d'altra parte, questa si risolverebbe per l'acquirente in una garanzia illusoria, perchè il debitore spropriato, di solito, sarà ormai un insolvente. Riteniamo invece, che l'acquirente possa rivolgersi per il ricupero del prezzo contro i creditori pagati col prezzo medesimo, perchè viene a risultare, che costoro sono stati pagati col ricavato di beni, che non erano del loro debitore e non costituivano, quindi, garanzia dei loro crediti, a sensi degli artt. 1948 e 1949. Potrà rivolgersi per i danni contro il creditore procedente, se costui sia stato in colpa nel promuovere la spropriazione di un bene, che non apparteneva al debitore. E, finalmente, egli potrà rivolgersi (ma sarà di solito una magra consolazione) contro il debitore spropriato (per ricuperare tutto quanto non abbia ricuperato nei modi precedenti), perchè il debitore si è liberato di debiti suoi, con beni non suoi. Il problema non sorge per i vizii occulti, perchè la legge esclude espressamente la redibitoria (art. 1536 cod. civ.).

Essa esclude, d'altra parte, anche la rescissione a favore del debitore spropriato in caso di lesione enorme (arg. dall'art. 1536 capov., cod. civ.).

343 Risultato della vendita giudiziale, sarà quello di avere ormai a disposizione ai fini di giustizia, e cioè per la soddisfazione dei creditori, delle somme di denaro. E poco importa, per la sostanza della cosa, che queste somme siano state versate dall'acquirente all'asta e depositate poi, a cura degli uffici giudiziarii, presso una cassa pubblica (che ne divenga, così, debitrice a titolo di deposito irregolare) o siano ancora a mani dell'acquirente, in quanto costituito debitore del prezzo non versato.

Dicendo però, che quelle somme sono «a disposizione», non intendiamo dire, che siano già definitivamente uscite dal patrimonio del debitore. Dal suo patrimonio è ormai uscita la cosa, ma giuridicamente non ne è uscito il rela-

tivo prezzo. Tanto è vero che, se per una qualsiasi ragione venga a cadere il procedimento esecutivo, il debitore esecutato potrà ricuperarle, non a titolo di soddisfazione di un suo credito, ma come attività che gli appartengono. E se le somme ricavate siano superiori a quelle che occorrano per le spese e per il pagamento dei creditori, a questo stesso titolo avrà diritto di conseguire il residuo. Dal patrimonio del debitore esse usciranno definitivamente, soltanto quando vengano attribuite ai creditori, con un ordine di giustizia che li autorizzi a riscuoterle dal depositario o dal compratore, a soddisfazione del loro credito.

« A disposizione » di giustizia sono frattanto quelle somme, per la loro destinazione ai fini dell'esecuzione, in modo e in senso analogo a quello, per cui, fino alla vendita, erano a disposizione di giustizia i beni pignorati.

Per arrivare finalmente alla soddisfazione dei creditori, sappiamo che è ancora necessaria una operazione ulteriore, per determinare quali creditori debbano esser soddisfatti, e ciascuno di essi in che misura, ciò che è materia della fase o del giudizio di reparto.

In altri termini: con la vendita giudiziale esce dal patrimonio del debitore la proprietà della cosa e vi subentra il prezzo. Ma come il debitore non può disporre della cosa, così non può disporre del prezzo, salvo il caso che cessi di servire ai fini della esecuzione e venga « liberato » a suo favore, per ordine del giudice.

Il REPARTO o meglio la necessità di provvedere al re-
344 parto fra creditori, determina, come già sappiamo, una fase apposita del processo (formazione dello stato di reparto, e graduazione), fase che trae origine dalla domanda di soddisfazione del creditore procedente e da quelle (eventuali, ma praticamente immancabili) di altri creditori (v. sopra, n. 105 della parte generale e n. 326).

E ne sappiamo in sostanza il perchè (n. 326 cit.). Infatti, se nella « massa» attiva disponibile (cioè nel « ricavato » della esecuzione), non vi sia capienza integrale per tutti, non si tratta più soltanto di determinare, rispetto

a ciascuna domanda, se essa sia fondata nei rapporti col debitore, ma di determinare, nei rapporti fra creditori concorrenti, quali di loro debbano esser soddisfatti e in che misura e quali di loro viceversa debbano subire in tutto o in parte gli effetti della « incapienza».

La legge ha tenuto conto del conflitto che ne nasce (sopra, n. 326 cit.). Infatti, mentre, secondo le regole generali sulla struttura delle azioni creditorie, passivamente legittimato è soltanto il debitore, qui essa accorda una legittimazione straordinaria e contingente ai creditori, che si trovino in conflitto di capienza con altri, a contestare reciprocamente il rispettivo credito o i rispettivi diritti di prelazione: si tratta di una legittimazione del tipo di quella che la legge accorda talvolta a tutela di interessi riflessi, occasionalmente protetti, come in casi di azione surrogatoria o nei casi di intervento (con eventuale sostituzione processuale) in un giudizio fra altre parti principali (v. parte generale, n. 15).

Quegli che si trova posto a rischio di incapienza, potrà cioè contestare nell''interesse proprio (anche in assenza del debitore o magari in contrasto con lui) il credito o il diritto di prelazione di chi lo pone a quel rischio; e inversamente il contestato può contestare il credito o il diritto di prelazione del contestante per eliminare la contestazione (ciò che non rappresenta un giuoco di parole, ma di situazioni rispettive).

Appunto per consentire agli eventuali conflitti di venire in luce, e agli eventuali contestanti e contestati di proporre gli uni contro gli altri le loro rispettive ragioni, la legge dispone affinchè tutte le domande di concorso o di collocazione (domande di soddisfazione) vengano riunite ed esaminate e discusse in una unica fase procedurale. Nello stesso tempo però, per evidenti ed impellenti ragioni di economia di tempo e di spesa, la legge tende per quanto è possibile a favorire (anche con la cooperazione del giudice) la formazione di un accordo generale, in questa sede. Se questo si raggiunga, viene assunto a base del reparto nel processo in corso, senza però che assuma autorità od effetti estranei al processo (cioè estranei al reparto concreto di cui si tratta).

Se su qualche contestazione insorta, l'accordo non si raggiunga, essa viene identificata in questa sede e rimessa per decisione ad un giudizio, che si svolge nelle forme ordinarie del processo di cognizione, in contraddittorio fra i singoli interessati in conflitto e il debitore. In questo caso, secondo noi, la decisione che si formi sulla sussistenza del credito e del diritto di prelazione contestato, acquista autorità di cosa giudicata anche fuori dei fini immediati del processo esecutivo in corso.

Risolte le contestazioni, il piano o stato definitivo di reparto (graduazione, collocazione) verrà formato in armonia con le relative decisioni. Se ci siano dei creditori, la cui posizione non sia ferita dalle contestazioni insorte, si potrà far luogo nel frattempo a reparti parziali o provvisorii.

345 IL VERSAMENTO AI CREDITORI delle somme loro spettanti in ragione della loro collocazione e della capienza sul prezzo, avviene, come abbiamo detto, per ordine del giudice, con un meccanismo diverso, secondo che si tratti di spropriazione mobiliare od immobiliare; e lo vedremo.

Anche in questo deve vedersi un provvedimento di autorità, che trasferisce dei beni (danaro, in questo caso) direttamente dal patrimonio del debitore al patrimonio del creditore accipiente. L'atto di autorità si sostituisce, per così dire, alla volontà del debitore, che ha omesso o rifiutato di pagare (come avrebbe dovuto) e si verifica anche in questa ipotesi l'effetto liberatorio (estintivo del debito). Il creditore deve dar quietanza, si cancellano le eventuali ipoteche e cessa naturalmente ogni diritto di prelazione inerente al credito estinto.

346 L'ASSEGNAZIONE DIRETTA di beni del debitore al creditore, a tacitazione del suo credito, in luogo di danaro, è fenomeno che può dirsi eccezionale, nell'ordinamento del nostro procedimento di esecuzione. Essa può aver luogo, come vedremo, per gli oggetti di oro e di argento (per il loro valore intrinseco e, cioè, per il valore del metallo), per gli oggetti di qualsiasi natura di valore minimo (artt. 637 e 643) e per quelli rimasti invenduti all'asta giudiziale (secondo le disposizioni dell'art. 638), nonchè per i crediti (ma « salvo buon fine »). In questi casi, resta eliminata la vendita giudiziale, e l'atto si risolve in un provvedimento, con cui si attua di autorità una dazione in pagamento. Salva questa caratteristica diversità di contenuto, esso ha in sostanza la stessa natura dell'assegnazione di danaro in pagamento. Il provvedimento è traslativo. Non dà luogo a garanzie per evizione (o per vizii occulti); non per le cose, perchè a nostro avviso si estendono a questa ipotesi le regole della vendita giudiziale dei mobili, non per i crediti, appunto perchè sono assegnati, salvo buon fine.

347 EPISODI DI COGNIZIONE o incidenti di cognizione, possono sorgere in varie contingenze, dal procedimento esecutivo propriamente detto, ma non si possono confondere con questo.

Naturalmente, anche le serie degli atti esecutivi implica una certa cognizione degli uffici esecutivi, ma non già sulla esistenza del diritto alla esecuzione (v. sopra n. 325), bensì soltanto sul modo di procedere (determinazione dei beni da colpire, determinazione del modo di realizzarli, ecc.). Questa si può dire, che è esigenza imprescindibile, connaturale alle operazioni stesse di esecuzione, ma non dà luogo ad episodii, che abbiano il contenuto e l'autonomia di episodii distinti, di cognizione in senso proprio.

Episodii distinti ne sorgono invece, quando vi siano delle « opposizioni » da parte del soggetto passivo della esecuzione, che chiameremo per brevità, come lo chiama la pratica, « debitore esecutato » (sebbene possa poi venire a risultare, dalla sua stessa opposizione, che debitore effettivamente non è). Queste opposizioni possono essere di sostanza (quando sostenga, che non sussiste il debito attuale, liquido, esigibile ecc. o non sussiste il titolo esecutivo sostanziale), ma possono essere anche di procedibilità (per es. in dipendenza di vizii del titolo esecutivo documentale) o di nullità degli atti esecutivi.

Episodii distinti di cognizione possono sorgere, quando si contenda fra più creditori a chi di loro spetti di promuovere lo svolgimento degli atti esecutivi. Possono sorgere, come si è detto, anche per le esigenze del reparto, se sia contestato il diritto di concorrere di qualche creditore oppure qualche vantato diritto di prelazione. Possono sorgere infine da parte di terzi, i quali pretendano o sostengano di essere ingiustamente coinvolti nella esecuzione o pregiudicati da atti esecutivi.

Di solito, questi episodii di cognizione processualmente sorgono da un proprio atto introduttivo, che ne segna, anche nelle origini, l'autonomia. Altre volte però, come vedremo, possono innestarsi o inserirsi direttamente sul tronco delle operazioni esecutive e assumere carattere di autonomia solo per il loro sviluppo, anzichè per la loro origine formale. Qualunque ne sia l'origine, ognuno di questi possibili episodii viene ad avere un suo proprio oggetto specifico.

La struttura del processo esecutivo propriamente detto, e l'occasione ed il modo di inserzione su di esso di questi varii episodii di cognizione, riesce poi sensibilmente diversa, a seconda della natura e della situazione giuridica dell'oggetto materiale (bene), su cui cade l'esecuzione. Onde, su questo tema come su ogni altro dettaglio relativo all'oggetto, dobbiamo rinviare ai capitoli successivi (III e IV).

§ 5. — *Soggetti del procedimento nei suoi varii momenti ed episodii.*

Il GIUDICE, anche nel procedimento esecutivo, è necessariamente il soggetto dominante, in veste di « ufficio esecu-
348 tivo », nella serie delle operazioni più sopra elencata. Soltanto attraverso l'esercizio di funzioni o di poteri sovrani, è concepibile infatti, che si distraggano dei beni dal patrimonio del debitore, li si vendano giudizialmente senza o contro

la sua volontà ecc. ecc.. Il carattere coattivo, di imperio, dei vari provvedimenti, se non è diverso, è, in qualche modo, ancor più spiccato, che non nei provvedimenti stromentali, a cui può dar luogo il procedimento di cognizione. Questi poteri sono affidati al giudice, il quale li esercita in una serie di atti che per conseguenza assumono, a loro volta, in modo altrettanto appariscente, il carattere di atti di « volontà » (nel senso già chiarito ai nn. 85 e segg.). Soltanto in un sol caso, forse, certi effetti di questo genere sono connessi dalla legge direttamente ad un atto di parte, quando sia rivestito di certe formalità, e con l'intervento di un ufficio pubblico di altro ordine (trascrizione del precetto immobiliare presso l'ufficio delle ipoteche).

In concreto, nei singoli atti, vediamo funzionare però, come ufficio esecutivo, or l'uno or l'altro dei singoli ufficii giudiziarii (già caratterizzati più sopra, ai nn. 165, 166 e segg.). Così, al pignoramento dei mobili presso il debitore procede, per esempio, l'ufficiale giudiziario, e possono essergli delegate le operazioni di vendita; nel procedimento mobiliare, ma più ancora in quello immobiliare, attribuzioni di notevole importanza possono essere affidate dalla legge (o dall'ufficio giudicante) al cancelliere. A lui, per esempio, invece che ad un ufficiale giudiziario, può essere affidata la vendita dei mobili; a lui spetta di formare il bando nella vendita immobiliare; di compilare le note di collocazione; ricevere direttamente ed integrare per la loro efficacia atti processuali di parte; funzionare come pubblico depositario, oltre che di atti e di provvedimenti, di beni e di valori ecc. All'ufficio giudicante, col concorso più o meno attivo di altri ufficii, è devoluta l'emanazione di varii provvedimenti, di importanza decisiva per le sorti del debitore esecutato: così, per esempio, ordinare la vendita e, nella esecuzione immobiliare, anche procedere all'atto stesso della vendita, procedere alla assegnazione diretta di beni, presiedere alle operazioni di reparto ecc. Talvolta le relative attribuzioni sono demandate ad organi con ufficio giudicante composto di un giudice singolo (nell'e-

Episodii distinti di cognizione possono sorgere, quando si contenda fra più creditori a chi di loro spetti di promuovere lo svolgimento degli atti esecutivi. Possono sorgere, come si è detto, anche per le esigenze del reparto, se sia contestato il diritto di concorrere di qualche creditore oppure qualche vantato diritto di prelazione. Possono sorgere infine da parte di terzi, i quali pretendano o sostengano di essere ingiustamente coinvolti nella esecuzione o pregiudicati da atti esecutivi.

Di solito, questi episodii di cognizione processualmente sorgono da un proprio atto introduttivo, che ne segna, anche nelle origini, l'autonomia. Altre volte però, come vedremo, possono innestarsi o inserirsi direttamente sul tronco delle operazioni esecutive e assumere carattere di autonomia solo per il loro sviluppo, anzichè per la loro origine formale. Qualunque ne sia l'origine, ognuno di questi possibili episodii viene ad avere un suo proprio oggetto specifico.

La struttura del processo esecutivo propriamente detto, e l'occasione ed il modo di inserzione su di esso di questi varii episodii di cognizione, riesce poi sensibilmente diversa, a seconda della natura e della situazione giuridica dell'oggetto materiale (bene), su cui cade l'esecuzione. Onde, su questo tema come su ogni altro dettaglio relativo all'oggetto, dobbiamo rinviare ai capitoli successivi (III e IV).

§ 5. — *Soggetti del procedimento nei suoi varii momenti ed episodii.*

Il GIUDICE, anche nel procedimento esecutivo, è necessariamente il soggetto dominante, in veste di « ufficio esecu-
348 tivo », nella serie delle operazioni più sopra elencata. Soltanto attraverso l'esercizio di funzioni o di poteri sovrani, è concepibile infatti, che si distraggano dei beni dal patrimonio del debitore, li si vendano giudizialmente senza o contro

la sua volontà ecc. ecc.. Il carattere coattivo, di imperio, dei vari provvedimenti, se non è diverso, è, in qualche modo, ancor più spiccato, che non nei provvedimenti stromentali, a cui può dar luogo il procedimento di cognizione. Questi poteri sono affidati al giudice, il quale li esercita in una serie di atti che per conseguenza assumono, a loro volta, in modo altrettanto appariscente, il carattere di atti di « volontà » (nel senso già chiarito ai nn. 85 e segg.). Soltanto in un sol caso, forse, certi effetti di questo genere sono connessi dalla legge direttamente ad un atto di parte, quando sia rivestito di certe formalità, e con l'intervento di un ufficio pubblico di altro ordine (trascrizione del precetto immobiliare presso l'ufficio delle ipoteche).

In concreto, nei singoli atti, vediamo funzionare però, come ufficio esecutivo, or l'uno or l'altro dei singoli ufficii giudiziarii (già caratterizzati più sopra, ai nn. 165, 166 e segg.). Così, al pignoramento dei mobili presso il debitore procede, per esempio, l'ufficiale giudiziario, e possono essergli delegate le operazioni di vendita; nel procedimento mobiliare, ma più ancora in quello immobiliare, attribuzioni di notevole importanza possono essere affidate dalla legge (o dall'ufficio giudicante) al cancelliere. A lui, per esempio, invece che ad un ufficiale giudiziario, può essere affidata la vendita dei mobili; a lui spetta di formare il bando nella vendita immobiliare; di compilare le note di collocazione; ricevere direttamente ed integrare per la loro efficacia atti processuali di parte; funzionare come pubblico depositario, oltre che di atti e di provvedimenti, di beni e di valori ecc. All'ufficio giudicante, col concorso più o meno attivo di altri ufficii, è devoluta l'emanazione di varii provvedimenti, di importanza decisiva per le sorti del debitore esecutato: così, per esempio, ordinare la vendita e, nella esecuzione immobiliare, anche procedere all'atto stesso della vendita, procedere alla assegnazione diretta di beni, presiedere alle operazioni di reparto ecc. Talvolta le relative attribuzioni sono demandate ad organi con ufficio giudicante composto di un giudice singolo (nell'e-

secuzione mobiliare: pretori, eccezionalmente conciliatori), tal altra ad organi con ufficio collegiale (nella esecuzione immobiliare: tribunali) e, in tal caso, a certi atti deve provvedere tutto il collegio (es. ordine di vendita e vendita immobiliare), ad altri deve provvedere il presidente od un giudice delegato (es., rispettivamente, nomina del perito, fissazione del giorno dell'incanto nella vendita immobiliare, formazione dello stato di graduazione per il reparto immobiliare).

Il giudice è poi . . . giudice (in senso proprio) « di controllo » della legittimità della esecuzione e dei suoi singoli atti (sussistenza del diritto alla esecuzione, procedibilità, nullità, ecc.); giudice delle questioni di reparto; giudice delle opposizioni del debitore; giudice delle eventuali domande in separazione di terzi; giudice delle domande di surroga ecc. Qui le sue funzioni sono quelle proprie dei giudizii di cognizione e quindi, salva qualche peculiarità di forma, vale per questo lato e in questo campo, circa la natura delle funzioni del giudice e dei singoli organi ed ufficii, e per la determinazione dell'ufficio che deve procedere ai singoli atti, ciò che abbiamo detto nella parte speciale precedente.

Anche alla istituzione e allo svolgimento del processo esecutivo, devono concorrere necessariamente quei soggetti privati, che molto genericamente possiamo chiamare anche qui: « le parti » (e v. sopra, sul concetto di parte, n. 154 e segg., e sui soggetti che possono esser parte: n. 193 e segg.). La loro posizione e le loro funzioni si presentano, però, sotto aspetti sensibilmente diversi da quelle delle parti nel processo di cognizione, e anche qui, per rendersene conto, bisogna distinguere, secondo i momenti, gli episodii e la natura dell'esecuzione.

349 Il « CREDITORE PROCEDENTE » (come lo chiama la pratica) è in ogni caso la parte attiva, senza della quale non vi può essere procedimento di esecuzione, come senza un attore non ci può essere processo di cognizione (v. sopra, per il parallelo, il n. 210 e segg.).

Però qui la costituzione del processo non avviene nelle forme della citazione, ma in altre forme particolari, diverse, secondo che si tratti di esecuzione mobiliare presso il debitore o presso terzi o immobiliare (pignoramento, notificazione al terzo, trascrizione del precetto). E la costituzione deve esser preceduta, come abbiamo accennato, da altre formalità preliminari, distinte, secondo noi, dal procedimento in senso proprio, e ignote al procedimento di cognizione (notificazione del titolo esecutivo e del precetto). Queste, se pur determinano delle situazioni giuridiche produttive di effetti, non si può ancora dire secondo noi (e lo vedremo), che determinino la pendenza del processo.

Anche il processo esecutivo, pur dopo la sua costituzione, si svolge sempre, come quello di cognizione, su impulso o iniziativa di parte. Ma qui non si verifica il fenomeno caratteristico di quello di cognizione, per cui dal momento della costituzione del processo, la facoltà di impulso o di iniziativa spetta a tutte le parti. Ciò non solo e non tanto per la buona ragione che, non iniziandosi il processo con atto di citazione, un convenuto, in senso proprio, non c'è, quanto perchè il soggetto passivo dell'esecuzione, cioè il debitore esecutato, non ha interesse a promuovere l'esecuzione a carico proprio: qui gli atti esecutivi, in sè e per sè (per loro natura), non possono metter capo ad una sentenza di assoluzione. Soltanto quando il debitore esecutato abbia fatto opposizione alla esecuzione, ha interesse a promuovere il relativo procedimento, e può esercitare il relativo impulso processuale, ma questo non appartiene, come abbiamo detto, alla serie degli atti esecutivi, bensì ai procedimenti di cognizione, che possono avere occasione dalla esecuzione; e allora si capisce che si applichino le regole proprie dei procedimenti di cognizione in generale, anche in materia di impulso processuale, tanto più che sotto questo aspetto il debitore esecutato prende veste processuale di attore (attore in opposizione) contro il creditore procedente (che esercita il suo impulso nella serie degli atti esecutivi propriamente detti).

Nel processo esecutivo si incontra invece un altro fenomeno in materia di impulso o di iniziativa, che è estraneo anch'esso al procedimento di cognizione.

La legge esclude, come abbiamo accennato (n. 324), che sugli stessi beni possano aver corso simultaneamente più processi esecutivi. Ciò significa, che quando un creditore procedente abbia concretamente assoggettati ad esecuzione dei beni, iniziando rispetto ad essi il procedimento di spropriazione propriamente detto, gli altri creditori, anche se muniti di titolo esecutivo, devono astenersene od arrestarsi dopo i primi atti, lasciando solo al primo di esercitare ogni ulteriore impulso, salvo proporre le proprie domande di soddisfazione in concorso con lui (nn. 326 e 344). E anche quando un secondo creditore voglia comprendere nella esecuzione altri beni della stessa natura e nello stesso luogo (circoscrizione dell'autorità competente, come ufficio esecutivo), resta sempre riservato, di regola, al primo procedente di promuovere il seguito degli atti. Questo significa, che il creditore procedente esplica la sua attività anche nell'interesse degli altri creditori, prevenuti e quindi impediti di procedere direttamente. Però la legge, in considerazione di questa situazione, consente agli altri o almeno ad alcuni degli altri (e vedremo poi concretamente quali sono, nell'esecuzione mobiliare e rispettivamente in quella immobiliare) di farsi «surrogare» al primo procedente nella prosecuzione degli atti, se egli per sua negligenza la trascuri. Nel qual caso, veniamo ad avere una specie particolare di sostituzione processuale di un creditore ad un altro, nella funzione di creditore procedente.

La surrogazione si può ottenere soltanto con un provvedimento giudiziale, nelle forme del procedimento di cognizione, e allora rispetto a questo «incidente di cognizione» nella esecuzione, vengono ad assumere la posizione e le funzioni di parti principali i creditori interessati a chiedere la surrogazione stessa o ad opporvisi (e solo se ed in quanto possa avervi interesse, anche il debitore esecutato).

Sull'impulso processuale e sulle altre funzioni delle parti, si applicano del resto, in questo incidente, le norme ordinarie della cognizione, in quanto adattabili al caso.

Il «DEBITORE ESECUTATO» è il soggetto passivo della
350 esecuzione. Processualmente però, non sempre deve esser chiamato a partecipare al processo esecutivo propriamente detto (cioè agli atti esecutivi), come deve esser chiamato il convenuto nel procedimento ordinario di cognizione (n. 210). Anzi nella esecuzione mobiliare presso il debitore, non è chiamato affatto e in quella mobiliare presso terzo è chiamato solo ad intervenire, se ed in quanto lo creda di proprio interesse. Soltanto in quella immobiliare, ad un certo momento dello svolgimento degli atti, quando si tratta della determinazione delle condizioni della vendita, deve esser provocato a comparire nelle forme della citazione, per esporre, in contraddittorio, le sue ragioni in ordine a quelle determinazioni. Tutto questo si spiega, in quanto nel procedimento esecutivo propriamente detto non ha luogo, come abbiam visto, una cognizione sulla sussistenza del diritto del creditore procedente, alla esecuzione. Se il debitore esecutato vuol contestarlo, deve esser lui stesso a sollevare la questione, facendosi processualmente «attore in opposizione» contro il creditore procedente, nel qual caso i due assumono l'uno di fronte all'altro le relative funzioni di parti in senso processuale; e si applicano per conseguenza, come s'è detto sopra, le norme proprie della cognizione, anche per quanto riguarda l'impulso processuale e la formazione della decisione. Similmente, deve essere lui stesso, debitore esecutato, a farsi «attore in opposizione», se voglia sollevare altre questioni sulla procedibilità degli atti e sulle eventuali nullità, nel qual caso pure egli stesso ed il creditore procedente assumono posizione e funzioni di parti, secondo le regole ordinarie su ricordate.

Per mettere in grado il debitore esecutato di insorgere eventualmente contro gli atti esecutivi sostanzialmente infondati oppure illegittimi, gli devono però esser notificati gli atti preliminari alla esecuzione (notificazione del titolo

esecutivo e del precetto), mentre per quanto concerne gli atti successivi, è nella loro stessa natura, che debbano esser compiuti a scienza di lui o pervenire a sua notizia.

NELLA FASE DI REPARTO, parte in senso processuale sono,
351 finalmente, il creditore procedente, i creditori concorrenti e il debitore esecutato, ciascuno di essi con quelle facoltà di iniziativa o di impulso e con quelle funzioni che possono essere di interesse di ciascuno, in relazione al particolare oggetto di questa fase o di questo momento (su di che, v. sopra n. 344).

Volendo trovare nel campo dei procedimenti di cognizione un caso più o meno parallelo, bisognerebbe forse pensare ad un giudizio divisorio, nel quale si debba innanzi tutto discutere del diritto di ciascuno (che si pretende condividente) a conseguire concretamente qualche cosa.

Ma sarebbe sempre un parallelo assai imperfetto, anche sotto il profilo puramente processuale.

CONDIZIONI DI PROCEDIBILITÀ riguardanti i varii soggetti,
352 si riscontrano, naturalmente, nei procedimenti esecutivi come in quelli di cognizione (v. sopra per il parallelo il n. 228).

Così, per quanto riguarda il giudice, è condizione di procedibilità, che il processo sia promosso davanti al giudice competente per materia (cioè secondo la natura dell'esecuzione, di cui si tratta), e competente per territorio, secondo le regole che vedremo, avvertendo fin d'ora, che qui, anche le norme per territorio sono inderogabili o, come altri dice, di carattere funzionale (v. sopra, su questi concetti, i nn. 174, 176, 177 ecc.).

La esistenza, efficacia e validità, tanto degli atti preliminari alla esecuzione propriamente detta (notificazione del titolo esecutivo e del precetto), quanto dei singoli atti di esecuzione, è condizionata, poi, a che essi siano compiuti, uno per uno, dall'ufficio investito dei relativi poteri specifici (v. sopra su questo concetto dei poteri, ben distinto da quello della competenza, il n. 169).

Per quanto riguarda i soggetti privati, riteniamo che, tutte le volte che assumono posizione di parte nel senso

veduto sopra, essi, per « stare in giudizio » personalmente, anche in « sede » di esecuzione, debbano avere quella capacità di agire, che occorre per « stare in giudizio » in « sede » di cognizione. In difetto, dovranno essere legalmente rappresentati od assistiti, secondo le norme che regolano il loro stato e la loro capacità (sui quali concetti e sulle regole relative, v., sopra, i nn. 194 e segg.). E spetterà a chi ha posizione e funzione di creditore procedente (od a chi prende la posizione di attore in eventuali incidenti di esecuzione od assume la iniziativa del reparto) curare, che gli atti preliminari alla esecuzione, quelli di citazione, quando ne sia il caso, o di iniziativa del reparto siano diretti e siano notificati alle parti personalmente, solo se capaci di stare in giudizio, o altrimenti a chi legalmente le rappresenta, oppure, se si tratti di parti imperfettamente capaci, a loro e a chi deve assisterle. E qui parliamo anche degli atti preliminari, perchè, se devono mettere in grado il debitore esecutato di premunirsi oppure di insorgere, per quanto del caso, contro gli atti esecutivi, bisogna evidentemente che siano diretti a chi lo possa fare validamente.

Si applicano, del resto, con queste avvertenze e con queste specificazioni, i criterii e le regole in materia di capacità, che abbiamo esposte a proposito della cognizione (sopra, n. 201 e segg.), comprese quelle particolari, che riguardano le formalità autorizzative per « stare in giudizio ».

L'INERZIA O LA INATTIVITÀ processuale delle parti, è presa
353 in considerazione dalla legge, anche nel procedimento di esecuzione, come produttiva di conseguenze giuridiche sul corso del processo, come è naturale, da poi che esso si svolge, anche qui, su impulso o su iniziativa di parte (cfr., per il parallelo, n. 210 e segg.; n. 214 e segg. e n. 266). Ma la sua particolare struttura ha rese necessarie alcune discipline particolari.

Nulla dispone la legge in ordine alla inerzia, che segua, da parte di un ancor futuro ed eventuale creditore procedente, alla prima formalità preliminare alla esecuzione,

che è la notificazione del titolo esecutivo, quando questa sia distinta dalla notificazione del precetto. Non volendo giungere pertanto a ritenere che questa notificazione spieghi una efficacia perpetua, non si può porre altro limite che quello della prescrizione ordinaria, nel qual caso, però, il fenomeno della cessazione della efficacia processuale sarà molto spesso assorbito da quello della estinzione per prescrizione dell'azione esecutiva in senso sostanziale (diritto alla esecuzione).

Per quanto riguarda invece l'altra formalità preliminare, che è la notificazione del precetto, il codice di procedura dispone espressamente nell'art. 566 : « il precetto diventa « inefficace trascorsi giorni cento ottanta, senza che siasi « proceduto agli atti di esecuzione. Nel caso di opposizione, « questo termine decorre dalla notificazione della sentenza, « che abbia posto fine all'incidente ». La pratica parla correntemente, in questo caso, di: « perenzione del precetto ». Non ci sembra che abbia tutti i torti e, del resto, sarebbe difficile (e senza successo) ribattezzare diversamente il fenomeno. Soltanto bisogna tener presente, che qui il processo, propriamente detto, non è ancora nato e quindi non può estinguersi. Quella che cessa giuridicamente di sussistere, è soltanto la situazione preliminare creata dal precetto medesimo, e sulla quale può legittimamente impiantarsi poi il processo esecutivo propriamente detto (serie degli atti esecutivi). E allora, perento il precetto, bisogna rinnovarlo per ricostituire la stessa situazione, se si voglian promuovere gli atti esecutivi propriamente detti. Della durata del termine, del suo decorso, della interruzione ecc., ci riserviamo di parlare a maggior agio nei capitoli seguenti.

Anche il processo esecutivo propriamente detto, a sua volta, è poi soggetto a perenzione per inerzia del creditore procedente. Ma è una perenzione processuale distinta dalla perenzione del precetto, perchè opera esclusivamente sul processo (serie degli atti esecutivi) e non sulla situazione giuridica creata dal precetto.

A perenzione, secondo le regole ordinarie del processo di

cognizione, sono soggetti tanto la opposisione al precetto quanto gli incidenti di esecuzione, che assumano quelle forme processuali. E questa, siccome riguarda soltanto il processo di cognizione incidentale, resta a sua volta distinta, sia dalla perenzione del precetto, che da quella degli atti esecutivi.

Di qui la necessità di coordinare poi le reazioni reciproche, che possono avere, in via indiretta o per riflesso, tutti questi distinti fenomeni l'uno sull'altro, del che ci occuremo più avanti, perchè ci mancherebbero ora le nozioni necessarie.

354 CONTUMACIA per inerzia di una delle parti, può aversi in qualche fase del processo esecutivo e negli incidenti di esecuzione, quando quelle o questi assumano le forme del procedimento di cognizione. Soltanto in questi casi, trova luogo la formalità della costituzione delle parti in giudizio, e quindi possono entrare in giuoco le norme del procedimento contumaciale (v. sopra, nn. 266 e 267 e segg.). Quando questo si verifichi, le norme applicabili sono, con qualche deviazione particolare, di cui vedremo la ragione, quelle stesse del procedimento ordinario di cognizione. In ogni caso, però, è esclusa la opposizione contumaciale (art. 574 cod. proc. civ.).

355 MUTAMENTI relativi ai soggetti, possono avvenire, naturalmente, anche durante il corso del procedimento esecutivo o anche prima del suo inizio, mentre perdura la situazione giuridica creata dall'adempimento delle formalità preliminari (v. sopra, per il parallelo, n. 163 e n. 220 e segg.).

Possono morire le parti dell'azione esecutiva (o estinguersi con successione, nel senso di cui sopra, al n. 221, in fine). Se muoia (o si estingua) il creditore procedente, gli eredi possono giovarsi della notificazione del titolo e del precetto fatta dal defunto, e proseguire, di regola, negli atti esecutivi propriamente detti, quando fossero già stati iniziati, senza che vi sia interruzione o sospensione. Però in quelle fasi o in quegli incidenti, che assumono le forme del

procedimento di cognizione, con la formalità della costituzione delle parti, bisogna tornare, anche a questo proposito, alle regole della cognizione.

Se muoia (o si estingua con successione) il debitore esecutando od esecutato, bisogna distinguere, secondo che ciò avvenga prima o dopo il pignoramento nella procedura mobiliare, e, rispettivamente, prima o dopo la notifica del precetto in quella immobiliare.

Nella esecuzione mobiliare, se il debitore muoia prima del pignoramento, bisogna rinnovare sia la notificazione del titolo esecutivo sia quella del precetto (arg. dall'art. 560). Nella esecuzione immobiliare, se muoia prima della notificazione del precetto, bisogna rinnovare la notificazione del titolo, e non si può notificare il precetto se non cinque giorni dopo la notificazione del titolo (arg. dallo stesso art. 560). Avvenuto il pignoramento nella esecuzione mobiliare od avvenuta in quella immobiliare la notificazione del precetto, gli atti iniziati contro il defunto possono proseguirsi contro gli eredi senza interruzione (art. 569). A questo ultimo proposito, però, due avvertenze: prima di tutto (e sebbene il codice non lo dica), bisogna ritenere, che in quelle fasi o in quegli incidenti che assumono la forma della cognizione, si torni anche qui alle regole proprie della cognizione medesima. In secondo luogo, bisognerà aver presente, che il codice, all'art. 569, dice, che la esecuzione immobiliare « si intende cominciata con la notificazione del precetto ». È una espressione troppo lata, dalla quale non si possono trarre conseguenze ad altri effetti, circa il problema del momento iniziale del processo di esecuzione propriamente detto.

« Qualunque notificazione si debba fare agli eredi nel « corso della esecuzione, può farsi loro collettivamente al- « l'ultimo domicilio del debitore, se abbia luogo entro l'an- « no della sua morte » (art. 569 u. c.). Riteniamo, che anche qui vi sia una inesattezza di espressione, e che la regola possa applicarsi alla notificazione del titolo esecutivo e del precetto, sebbene non cadano propriamente « nel corso dell'esecuzione ».

La legge tace del caso di mutamento di stato e di capacità. Ci sembra si debba ritenere che questo, di regola, non abbia effetti interruttivi, nè renda applicabile la disposizione dell'art. 560, salvo sempre che per le fasi o gli incidenti, a cui si applicano le regole della cognizione.

Lo stesso è a dirsi della morte o cessazione dall'ufficio dei procuratori, che non può avere rilevanza, là dove non trovi luogo la formalità della costituzione, secondo le regole processuali della cognizione.

I PRINCIPII, i criterii e le nozioni fin qui esposte, ci sem-
356 brano le sole che possano darsi utilmente in forma generale.

Quanto alle funzioni rispettive delle parti e del giudice nella determinazione del contenuto dei varii provvedimenti, attraverso i quali si attua l'esecuzione, il riparto, la soddisfazione dei creditori ecc., non si possono evidentemente determinare con criterii generali, come abbiamo cercato di fare per il procedimento di cognizione (cap. V della parte speciale precedente), perchè vengono ad essere necessariamente diverse nei varii tempi o momenti e nei varii episodii del procedimento. Or riguarderanno la scelta dei beni da colpire, or riguarderanno il miglior modo di realizzarli in danaro o la scelta fra la realizzazione in via di vendita giudiziale e l'assegnazione, or riguarderanno i diritti o le ragioni rispettive dei creditori di ottenere soddisfazione ecc. ecc.

Riteniamo quindi sia opportuno rinviarne l'esame ai capitoli che seguono, dai quali esse emergeranno, volta per volta, in relazione all'esame dei singoli atti, che le parti posson compiere o dei provvedimenti, che il giudice può dare.

In linea generale dobbiamo limitarci ad avvertire, che i concetti e le regole direttive, che abbiamo dati nella parte speciale precedente, devono o dovrebbero servire ad illuminare anche tutta questa materia, quando ci si voglia render conto non solo della forma esteriore, ma anche di ciò che in sostanza si viene a mano a mano attuando nel corso delle operazioni di esecuzione, di reparto e di soddisfazione e nella risoluzione degli eventuali incidenti od episodii di cognizione.

CAPITOLO SECONDO

LE FORMALITA' PRELIMINARI E LA SITUAZIONE GIURIDICA CHE NE RISULTA. OPPOSIZIONE DEL DEBITORE AL PRECETTO

SOMMARIO: § 6. Notificazione del titolo esecutivo e del precetto. — § 7. Situazione giuridica risultante dalla notificazione del titolo e del precetto. — § 8. L'opposizione del debitore al precetto.

§ 6. — *Notificazione del titolo esecutivo e del precetto.*

LE FORMALITÀ preliminari all'esecuzione propriamente
357 detta, secondo l'art. 562 cod. proc. civ., sono due: la notificazione del titolo esecutivo e il precetto.

Però l'art. 562 prescinde — e bisogna che, secondo il nostro programma, ne prescindiamo anche noi — dai casi in cui l'esecuzione avvenga in base a titoli esecutivi di origine amministrativa. In questi casi, anche le formalità preliminari sono disciplinate, per lo più, da regole tutte proprie, che risultano dalle relative leggi speciali.

Fuor di lì, c'è un caso solo (nel campo dei procedimenti ordinarii di spropriazione), in cui la legge dispensa dal precetto (e lo vedremo più sotto, al n. 360).

Quando l'una e l'altra formalità siano prescritte (come è di regola secondo l'art. 562), possono esser compiute per atti separati (nel qual caso, la notificazione del titolo deve precedere anche cronologicamente) oppure possono essere abbinate (nel qual caso, la notificazione del titolo ha una

precedenza meramente... topografica). Solo in un caso, più che abbinate vengono ad esser conglobate in un atto unico e complesso.

Ciò premesso, e venendo al modo di compiere queste formalità, bisognerà distinguere secondo la varia natura e il vario modo di documentazione dell'atto o provvedimento in cui il titolo consiste.

A questo effetto, distingueremo dunque, prima di tutto, titoli (siano negozii o provvedimenti), il cui originale è consacrato in un documento che ne fa pubblica fede (atto pubblico), da titoli, il cui originale è costituito da una scrittura privata (cambiale e altri titoli equiparati).

Nel primo ordine di casi, bisogna che suddistinguiamo poi fra titoli esecutivi, rispetto ai quali è prescritta dalla legge la spedizione della copia in forma esecutiva, per poterli utilizzare processualmente a scopo esecutivo, da titoli per i quali questa prescrizione non vige (o... vige fino ad un certo punto).

Quando è prescritta la spedizione in forma esecutiva (v. sopra, n. 333), la notificazione dovrà farsi per ministero di ufficiale giudiziario al debitore esecutando (originario o ai suoi eredi o aventi causa), mediante consegna di copia della copia spedita in forma esecutiva, nei modi stabiliti per la notificazione degli atti di citazione.

La copia della copia esecutiva, quando si tratti di sentenze o di altri provvedimenti di origine giudiziale soggetti a questa formalità, dovrà esser rilasciata e certificata conforme dalla cancelleria, che conserva l'originale (e che avrà pertanto «spedita» la copia esecutiva originaria). Quando si tratti di atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale, potrà esser rilasciata e certificata conforme dallo stesso notaio o altro pubblico ufficiale, che conserva l'originale, oppure potrà anche esser compilata e certificata conforme dall'ufficiale giudiziario, che procede alla notificazione (art. 555 capov. cod. proc. civ.).

Quando il titolo sia costituito da un decreto ingiuntivo, la legge dà alcune disposizioni apposite e di carattere singolare. La notificazione del decreto al debitore, ha luogo infatti, almeno di regola, prima che esso divenga esecutivo, all'effetto di far decorrere i termini per l'opposizione (v. sopra, parte generale, n. 96: artt. 13 e segg. del r. d. 7 agosto 1936, n. 1351). In tal caso, quando sopravvenga poi la pronuncia o la dichiarazione di esecutorietà, la parte che vuol procedere all'esecuzione, deve far apporre dalla cancelleria la formula esecutiva sulla copia già precedentemente rilasciatale e che si trova a sue mani. Senza di questo, la parte non può far notificare il precetto o, se questo non occorra (su di che v. oltre il n. 360), non può neppure procedere direttamente agli atti esecutivi. Però non ha bisogno di rinnovare la notificazione del decreto in forma esecutiva, al debitore. Soltanto, quando sia necessario il precetto, deve far menzione in questo della sopravvenuta pronuncia o dichiarazione di esecutorietà e della apposizione della formula sulla copia a sue mani (e che dovrà esibire o consegnare all'ufficiale procedente o agli ufficii esecutivi per procedere agli atti: art. 25 r. d. già citato).

Quando invece il decreto (per eccezione alla regola) sia stato dichiarato fin dall'origine provvisoriamente esecutivo, la copia rilasciata al creditore deve portare fin dall'origine la formula esecutiva (art. 12 r. d. cit.). Allora la notificazione al debitore deve esser fattá mediante consegna di copia della copia spedita in forma esecutiva.

In tutti quanti questi casi, di cui abbiamo parlato fin qui, è chiaro, che per il creditore che voglia agire esecutivamente, funziona come documento originale del titolo esecutivo agli effetti processuali (e cioè per procedere agli atti esecutivi) la copia, che egli dovrà farsi rilasciare in forma esecutiva o alla quale venga poi apposta la formula esecutiva.

Quando invece non è richiesta per l'esecuzione la spedizione in forma esecutiva (v. sopra, casi esemplificati al n. 333), il creditore che vuol procedere agli atti, deve esser munito di una copia autentica ordinaria (non munita di particolari formalità), rilasciata e certificata conforme dalla cancelleria; e deve far procedere alla notificazione

mediante consegna di altra copia (anch'essa autentica e rilasciata come sopra), identica a quella a sue mani.

DIVERSO, per necessità di cose, è il sistema della legge,
358 quando il titolo esecutivo risulti originariamente da una scrittura privata: caso della cambiale e degli altri titoli equiparati alla cambiale (v. sopra, n. 332, in fine). Qui la notificazione per consegna di copia autentica, non è più possibile, perchè manca la possibilità di formarne copie autentiche in senso proprio (v. sopra, nn. 248 e 252). In questo caso la legge prescrive, che la notificazione del titolo venga conglobata col precetto, inserendo in questo la trascrizione del titolo (e quando occorra anche del protesto e documenti accessorii), certificata conforme all'originale dall'ufficiale giudiziario, che procede alla relativa notificazione, con che le due formalità si fondono in un unico atto complesso (art. 67 del reg. per l'esecuzione del cod. comm., oggi assorbito dall'art. 63 della nuova legge cambiaria, r. d. 14 dicembre 1933 n. 1669).

LA NOTIFICAZIONE del titolo esecutivo serve in sostanza
359 a porre il debitore a conoscenza ufficiale (e fuor di ogni possibile equivoco) della esistenza del titolo stesso a suo carico e insieme anche del fatto (quando occorra), che il creditore è già munito della documentazione richiesta per procedere ad atti ulteriori, e la possiede a sue mani.

Questo si verifica in modo formalmente completo e più significativo, quando la notifica avvenga per consegna di copia della copia spedita in forma esecutiva. Il debitore non può non capire il significato di una notificazione cosiffatta. Meno completa o meno significativa riesce la notifica di titoli giudiziali già esecutivi, ma senza formula esecutiva. Però, in questi casi, è il tenore stesso del provvedimento, che nella sua estrema semplicità parla chiaro. Ancor meno completa e meno significativa è la notificazione di un decreto ingiunzionale, non ancora divenuto esecutivo e che potrà diventarlo solo in seguito. Anche qui, però, il debitore, dal tenore stesso del decreto, deve apprendere, che, se

non fa opposizione in termini (o non la coltiva) o se gli viene rigettata, il decreto notificatogli diventerà titolo esecutivo a suo carico; e deve sapere (dalla legge) quando e come ciò avverrà.

Finalmente, quanto ai titoli privati (che vengono trascritti nel precetto), è il tenore del precetto, abbinato alla notifica, che deve rendere avvisato il debitore del significato dell'atto.

DALLA NOTIFICAZIONE del titolo (quando avvenga in-
360 dipendentemente dal precetto e però il precetto sia ancora necessario) non può dirsi, che sorga, di regola, una situazione giuridica caratterizzata e giuridicamente rilevante, più di quanto già risulti da quel che ne abbiam detto. La notificazione, quando segua indipendentemente e prima del precetto, rende semplicemente possibile procedere a questa ulteriore formalità, in qualunque tempo e fino a che si compia la prescrizione (sopra, n. 353).

Ben diverso invece è l'effetto, quando alla notificazione del titolo non debba poi seguire la notificazione del precetto. Nel campo della esecuzione per spropriazione, ciò può avvenire soltanto nel caso di decreto di ingiunzione divenuto esecutivo per difetto di opposizione (art. 25 pen. cap. del r. d. 7 agosto 1936, citato nei nn. precc.); caso singolarissimo e di creazione recente (mentre ha dei precedenti in materia di consegna e rilascio e indirettamente, forse, in qualche procedimento speciale). Dentro i venti giorni successivi alla scadenza del termine per fare opposizione, e semprechè la opposizione non sia stata proposta, il creditore può infatti iniziare gli atti esecutivi mobiliari senza premettere il precetto; la legge in un certo senso lo dispensa da questa formalità. Limitatamente a questo spazio di tempo, la notificazione del titolo viene cioè a creare la stessa situazione giuridica della notificazione del precetto. Decorso questo termine senza che siano stati iniziati gli atti esecutivi, risorge la necessità del precetto; e allora la notifica del titolo torna ad avere unicamente i suoi effetti ordinarii.

Quando la notifica del titolo viene abbinata al pre-

cetto oppure viene incorporata nel precetto medesimo, l'effetto della notificazione viene necessariamente ad essere assorbito dagli effetti del precetto e si riduce ad una condizione della loro legittimità, che si verifica simultaneamente.

361 Il PRECETTO è una intimazione, fatta al debitore per ministero di ufficiale giudiziario, di pagare volontariamente il suo debito, con dichiarazione o avvertimento che, in difetto, il creditore procederà agli atti esecutivi (art. 563 cod. proc. civ.).

Formalmente, è un atto scritto dell'ufficiale giudiziario a richiesta di parte (come la citazione) e che, sempre a richiesta di parte, lo stesso ufficiale giudiziario notifica (come la citazione), mediante consegna di copia al debitore, al quale l'intimazione è rivolta. In sostanza, però, l'atto può considerarsi come atto di parte, perchè l'ufficiale giudiziario si limita a dar forma (almeno nominalmente) a quello, che la parte gli detta o gli indica di fare sotto la propria responsabilità.

In pratica, si usa far dichiarare dall'ufficiale giudiziario, che egli è « munito » del titolo (cioè della sua documentazione processuale), il che supporrebbe che il richiedente dovesse consegnargliela. Non vediamo che questo sia prescritto dalla legge. Piuttosto pensiamo, che l'ufficiale giudiziario dovrebbe rifiutare il proprio ministero, quante volte il richiedente non gli dimostri di essere egli stesso in possesso del titolo, in base al quale vuol procedere (e cioè della sua documentazione). Ma neanche l'adempimento o l'inadempimento di questa, sia pur doverosa, diligenza di ufficio, crediamo influisca sulla efficacia e validità dell'atto.

La intimazione viene tecnicamente espressa nell'atto con le parole: «ho fatto» o « faccio precetto di pagare ecc. » (alle quali è difficile e sconsigliabile cercare degli equipollenti). Essa deve naturalmente esser specificata, in ogni caso, con la identificazione delle parti (creditore « richiedente » e debitore «intimato »), con la identificazione del credito e con quella del titolo esecutivo, in forza del quale si intende procedere. Quando si tratta di cambiali o di titoli

equiparati deve contenerne, come ormai sappiamo, anche la trascrizione certificata conforme, con la trascrizione del protesto quando occorra (v. sopra, n. 358). In ogni caso deve o dovrebbe esser accompagnata dalla elezione di domicilio o dalla dichiarazione di domicilio o di residenza del creditore, nel comune o nella città dove avranno luogo gli atti esecutivi, secondo le prescrizioni dell'art. 563 cod. proc. civ. Mentre, però, il difetto o la incertezza assoluta delle clausole precedenti importa la nullità dell'atto, il difetto o la irregolarità della elezione di domicilio (o della dichiarazione di domicilio o residenza), porta soltanto come conseguenza, che l'intimato possa notificare tutti i suoi atti di procedura (a cominciare dalla eventuale opposizione al precetto, fino alle impugnative delle sentenze, che vengano pronunciate in corso di giudizio), nonchè le eventuali offerte reali di pagamento, al creditore, presso la cancelleria, a sensi dell'art. 564. La legge evidentemente ha voluto agevolare il compimento di questi atti da parte del debitore, evitargli di andar rincorrendo il creditore in luoghi lontani o magari incerti, col rischio di eventuali nullità, e rendere più rapida, sempre nel suo interesse, la procedura, in caso di eventuali opposizioni od incidenti.

Fin qui, il contenuto del precetto è lo stesso, tanto se il creditore minacci la esecuzione mobiliare, quanto se minacci quella immobiliare e qualunque sia il titolo esecutivo. Ma per altri requisiti il contenuto diverge.

Quando venga minacciata la esecuzione mobiliare, deve farsi l'intimazione di pagare nei cinque giorni successivi « con l'avvertimento, che non pagando nel detto termine si « procederà al pignoramento » (art. 577 cod. proc. civ.). E altro non occorre. Il termine evidentemente è dilatorio (v. sopra, n. 304) e rappresenta il minimo legale.

L'art. 578 dispone però : « quando vi sia giusto timore « di danno nel ritardo, il pretore può autorizzare il pigno- « ramento anche immediatamente dopo la notificazione del « precetto, o la notificazione della sentenza indicata nel- « l'art. 565. L'autorizzazione è data in fine del titolo ese- « cutivo, e ne è fatta menzione nel processo verbale del pi-

« gnoramento ; essa non è soggetta a reclamo. L'autorizza-« zione può darsi dal conciliatore del comune, in cui ha « luogo l'esecuzione, se ivi non risieda il pretore». Riteniamo tuttavia, che non si possa procedere a pignoramento immediato, dopo aver notificato un precetto che assegnava un termine. Volendo giovarsi del disposto dell'art. 578, occorre pertanto ottenere il decreto prima del precetto e poi far precetto di pagamento immediato. Quanto meno (ma ne dubitiamo), si potrà rinnovare il precetto.

Il precetto, come sopra « intimato », apre la via al pignoramento, sia presso il debitore, che presso terzi.

Nel precetto che prelude ad una esecuzione immobiliare invece, a sensi dell'art. 659 del cod. proc. civ., « deve « farsi al debitore l'intimazione di pagare nei trenta giorni « successivi l'importare del debito, e l'avvertimento che, non « pagando nel detto termine, si procederà alla subastazione « dei beni immobili, che saranno nel precetto indicati a nor-« ma dell'art. 2084 del codice civile». L'art. 2084 del cod. civ. a sua volta rinvia all'art. 1979, dal quale si desume, che la indicazione dei beni deve comprendere tutte le indicazioni, prescritte per gli atti che servono ad iscrizioni o trascrizioni (cfr. infatti anche l'art. 1937 n. 4 cod. civ.) : natura, comune, mappe, confini.

Il precetto così concepito (e non può concepirsi diversamente) apre la via soltanto alla spropriazione di quegli immobili, che vi siano indicati (e soltanto di quelli). Anche la assegnazione del termine dilatorio, ha un significato ben diverso da quello, che ha nel precetto mobiliare. In questa procedura esecutiva (immobiliare) è la trascrizione del precetto, menzionata nel capoverso dell'art. 659, che produce gli effetti del pignoramento (v. parte generale, n. 105, e l'ultimo capitolo di questa parte speciale, § 15). Ora questa formalità può compiersi, per iniziativa del creditore, anche all'indomani, anche il giorno stesso, della notificazione del precetto. Il che spiega perchè la legge, qui non dia disposizioni sulla concessione del pignoramento immediato. Questa si può dire, che sia « di diritto ». Viceversa non si può citare, come vedremo, per l'autorizzazione a vendita,

se non siano trascorsi i trenta giorni o il maggior termine assegnati nel precetto, e, per questo effetto, neppure l'autorità giudiziaria può dispensare dalla osservanza del termine.

Vedremo poi più avanti, come la opposizione del debitore al precetto mobiliare non sospenda di regola il pignoramento, neppure se notificata dentro il termine dilatorio assegnato nel precetto (art. 580). Neanche la opposizione al precetto immobiliare lo sospende, in quanto, nel silenzio della legge, non impedisce la trascrizione del precetto. Vi è però questa differenza, nel seguito : che nella esecuzione mobiliare, nemmeno il corso ulteriore degli atti (vendita) è sospeso « di diritto » ; e può soltanto esser sospeso dal giudice della esecuzione (in questo caso : pretore), con un apposito provvedimento. In quella immobiliare invece l'opposizione, se notificata dentro al termine dilatorio, ha effetto sospensivo degli atti ulteriori (salve le disposizioni speciali del procedimento cambiario: art. 64 della legge cambiaria) ; notificata dopo, non ha più effetto sospensivo, salvo che il giudice dell'esecuzione (in questo caso : tribunale) creda di ordinarla « per gravi cause » (art. 660 u. c.).

Altre particolarità del contenuto dell'atto di precetto possono dipendere dalla natura del titolo. Ricordiamo quello che abbiamo detto (ormai tante volte) per le cambiali e altri titoli equiparati e per il decreto ingiuntivo, quando sia divenuto esecutivo per difetto di opposizione e non si proceda nei venti giorni (sopra, nn. 358, 360 ecc.).

La notificazione del precetto, deve esser fatta al debitore secondo le regole della notificazione della citazione (su di che v. sopra, n. 361). Però, siccome non è atto del procedimento, può esser notificato nell'ambito della sua circoscrizione da qualunque ufficiale giudiziario, senza le distinzioni che valgono per la citazione e per gli atti del processo.

Il precetto si perfeziona soltanto con la notificazione. Senza o prima di questa formalità, esso non ha alcun effetto, come se non esistesse.

Nulla vieta, che lo stesso ufficiale giudiziario il quale

procede alla notificazione del titolo (quando questa debba avvenire per consegna di copia), intimi « contestualmente » anche il precetto. In questo caso l'atto di intimazione sarà inserito sull'originale e sulla copia, dopo la dichiarazione di notifica del titolo (« ho notificato ecc. ecc. e contestualmente ho fatto precetto ecc. ecc. »), prima della unica relazione finale (propriamente detta), in cui l'ufficiale giudiziario descriverà come ha proceduto alla consegna della copia.

In questo modo avviene quell'eventuale abbinamento dei due atti, del quale abbiamo fatto menzione più addietro (n. 357).

§ 7. — *Situazione giuridica risultante dalla notificazione del titolo e del precetto.*

DAL PRECETTO e cioè dalla sua notificazione, sorge una
362 situazione giuridicamente rilevante e assai più nettamente qualificata, che non quella che sorge dalla semplice notificazione del titolo, quando avvenga separatamente per consegna di copia.

La situazione ha questo contenuto: che il creditore è ormai in condizione di procedere al pignoramento (in senso lato, mobiliare o immobiliare secondo i casi, salvo, per l'esecuzione mobiliare, il rispetto del termine dilatorio) e il debitore può attenderselo da un momento all'altro, senza ulteriore preavviso; anzi, se si tratta di esecuzione immobiliare, può succedergli ormai che il pignoramento (trascrizione del precetto) avvenga, senza che egli ne sia neppure ufficialmente informato (ciò che, per verità, è una stranezza della legge: v. più oltre l'ultimo capitolo di questa parte).

Si tratta di una situazione, ripetiamo, abbastanza ben caratterizzata, perchè in essa possono succedere al creditore i suoi eredi e, se si tratta di precetto immobiliare, gli eredi possono succedere anche al debitore (art. 569: v. sopra, n. 355); se si tratta di esecuzione immobiliare, ha già qualche influenza anche sul potere del debitore di

disporre dell'immobile (arg. dall'art. 687; e poco importa, se ciò dipenda da una certa incoerenza, spiegabile solo storicamente, delle disposizioni della legge in materia). Essa è soggetta a cessare in termine abbastanza breve, per quel fenomeno, che la pratica qualifica come perenzione del precetto (v. sopra, n. 353) e cioè nel termine di centottanta giorni (art. 566 cod. proc. civ.). Ma, sopratutto, la situazione ci sembra caratterizzata dalla influenza e dalle relazioni reciproche, che vi possono essere fra di essa e il procedimento esecutivo, propriamente detto.

La prima originaria e fondamentale relazione di effetti, l'abbiamo già vista (legittima il pignoramento). Da questa dipende, e a questa si connette, la conseguenza, che dal giorno della notificazione del precetto, il creditore può farvi « opposizione », per impedire il corso degli atti esecutivi o per distruggerne gli effetti, come vedremo meglio fra un momento (v. il n. seg.).

Ma la produzione di questi effetti, della notificazione del precetto, non si esaurisce (e questo è il lato caratteristico) con l'inizio degli atti successivi di esecuzione. Anzi, anche dopo avvenuto l'inizio degli atti, la situazione creatasi permane, continuando a decorrere il termine di perenzione del precetto. Il che implica che, se gli atti esecutivi vengano a cadere, per una qualsiasi ragione, prima che quel termine sia scaduto, gli atti potranno esser ricominciati da capo, sempre in base allo stesso precetto. Così avverrà, se siano dichiarati nulli per un vizio di forma o se il creditore procedente ad un certo momento vi rinunci, senza esser stato surrogato da altri. Nella procedura mobiliare, in cui il termine di perenzione del procedimento esecutivo (cosidetta perenzione del pignoramento) è più breve (novanta giorni), può anche essere, che si perima il procedimento esecutivo, prima della scadenza del termine, cosidetto di perenzione del precetto. E allora, anche in questo caso, gli atti esecutivi potranno esser ricominciati con un nuovo pignoramento, senza rinnovare il precetto.

La opposizione al precetto, invece, interrompe il termine (abbiano o non abbiano avuto luogo, nel frattempo,

degli atti esecutivi). Il termine ricomincia a decorrere da capo, a tutti gli effetti, dal momento in cui l'opposizione venga a cadere per qualsiasi ragione: perenzione, rinuncia agli atti, sentenza di rigetto non più suscettibile di appello (dubbio, invece, se ricominci a decorrere da una sentenza provvisoriamente esecutiva, che autorizzi a procedere agli atti esecutivi oppure a proseguirli o se non perduri invece, in questo caso, l'interruzione fino alla sentenza irrevocabile). Tutto questo deve leggersi nella disposizione sintetica (forse troppo) dell'art. 566 cod. proc. civ.: « Il precetto diventa inefficace trascorsi giorni cento ot- « tanta senza che siasi proceduto agli atti di esecuzione. « Nel caso di opposizione, questo termine decorre dalla noti- « ficazione della sentenza che abbia posto fine all'incidente ».

Da tutto questo poi si desume, come il precetto non si possa considerare come atto del procedimento di esecuzione propriamente detto, perchè ciò si concilierebbe male con questo decorso, autonomo e parallelo, del termine prefisso alla sua efficacia (perenzione).

363 La nullità delle formalità preliminari all'esecuzione, sono soggette, a quanto si ritiene, alle stesse regole che valgono per la nullità degli atti di procedura (sopra, nn. 308 e segg.), ciò che sembra infatti attendibile in considerazione delle loro forme e modalità. Però non si può dimenticare, che esse non si inseriscono, come abbiamo rilevato or ora, nella serie degli atti del processo, ma ne stanno fuori e vengon prima, tanto è vero che non si possono sollevare e far valere di regola, se non con la opposizione al precetto (v. il n. seguente). Di qui, varii dubbi, per lo meno per quanto riguarda le eventuali sanatorie. Sopratutto ci si domanda, se la opposizione al precetto, che vien proposta nelle forme di un atto di citazione (del debitore al creditore), sani le nullità di notificazione del titolo esecutivo e del precetto, come la comparizione sana le nullità della citazione nel giudizio di cognizione (v. sopra, n. 308 cit.). La opinione prevalente è in senso affermativo. La soluzione in sè ci sembra attendibile, almeno in massima, ma non

già perchè sia applicabile al caso direttamente o per immediata analogia l'art. 190 (sopra, n. 308 cit.), bensì per la considerazione, che non c'è interesse legittimo a sollevare una nullità di forma, quando, dal comportamento stesso di quella parte che potrebbe sollevare la nullità (art. 57), risulti che l'atto ha prodotto egualmente l'effetto a cui tendeva. Ciò viene per l'appunto a risultare dallo stesso atto di opposizione, che altrimenti non avrebbe ragione d'essere.

Non c'è sanatoria, naturalmente, quando il debitore non citi in opposizione, ma sollevi l'opposizione, quasi in via riconvenzionale, dopo che sia stato citato dal creditore in qualche fase degli atti esecutivi, per le determinazioni da prendersi intorno al modo di procedere. In questo caso infatti, la comparizione del debitore avviene a seguito della citazione, e non sta affatto a dimostrare, che le formalità preliminari avessero raggiunto il loro effetto. In questi casi però, riteniamo, che la nullità debba esser sollevata prima di ogni altra istanza o difesa, altrimenti può ritenersi preclusa per tacita rinuncia, a sensi dell'art. 56, ultima parte.

§ 8. — *L'opposizione del debitore al precetto.*

364 « Opposizione al precetto » è il nome tecnico, che la legge dà, come sappiamo, alla attività processuale, con cui il debitore insorge contro il creditore, per impedirgli di promuovere gli atti o di proseguirli, e per far cadere, fin che sia possibile, quelli già compiuti, nonchè per conseguire (quando ne sia il caso) il risarcimento dei danni, che ne siano derivati (oltre, ben s'intende, il ricupero delle spese). Questa attività processuale prende sempre lo stesso nome, sia che venga proposta subito dopo la notificazione del precetto (dal qual momento essa diventa possibile: v. sopra il n. prec.), sia che venga proposta in seguito, dopo che gli atti del procedimento siano stati iniziati, ma prima che siano esauriti (e con quei risultati che essa possa ancora avere, se tardiva).

Essa può fondarsi sopra ragioni od eccezioni relative

all'azione in senso sostanziale (diritto alla esecuzione), in quanto contesti la sussistenza, la esigibilità o la liquidità del credito, oppure contesti la esistenza del titolo esecutivo, in senso sostanziale. Può fondarsi anche sopra ragioni ed eccezioni relative alla sussistenza, regolarità e validità delle formalità preliminari alla esecuzione, contestando, per esempio, che il creditore sia munito della documentazione del titolo nelle forme prescritte dalla legge (copia spedita in forma esecutiva o comunque autentica, quando occorra; documento originale del titolo, quando occorra) oppure contestando che il titolo sia stato validamente notificato nelle forme volute o che sia stato formulato ed intimato (notificato) il precetto sempre nelle forme volute ecc. (e semprechè, ben si intende, non si tratti di nullità sanabili e sanate: v. il n. prec.).

365 Il FONDAMENTO che l'opponente dia alla sua opposizione, influisce profondamente sul contenuto del relativo giudizio.

Quando la opposizione investe gli estremi dell'azione in senso sostanziale (diritto alla esecuzione), essa evidentemente deve dare e dà luogo ad un giudizio di merito, con cognizione piena, e mette capo ad una sentenza munita di autorità di cosa giudicata,

Qui si verifica una situazione singolare (ma che non è senza esempio: v. il n. 154), e cioè che il creditore o preteso creditore (il quale in giudizio ordinario di cognizione avrebbe dovuto avere posizione processuale di attore) avendo ottenuto (bene o male) il titolo esecutivo e avendo notificato il precetto, viene viceversa ad essere in giudizio come convenuto, e il debitore (che avrebbe dovuto avere posizione di convenuto) assume posizione processuale di attore (attore in opposizione). La posizione processuale cioè è invertita, rispetto alla posizione sostanziale. Però (e per questo la cosa merita di esser posta in rilievo) nella formazione del contenuto della decisione per il merito, le parti devono riprendere le funzioni, che spetterebbero loro in ragione della posizione sostanziale (e non di quella meramente processuale).

Così, per esempio, sarà il creditore, che avrà l'onere di provare in fatto il fondamento della sua azione (sussistenza del credito, sussistenza del titolo ecc.) e il debitore avrà l'onere di provare il fondamento delle sue eccezioni. Si capisce che all'atto pratico, il più delle volte quella stessa documentazione del titolo, di cui il creditore si è valso per l'adempimento delle formalità preliminari, implicherà già in sè una prova (non inattaccabile, ma presumibilmente sufficiente, almeno a primo aspetto) anche dell'esistenza del titolo in senso sostanziale e del fatto che il credito, almeno in origine, era sorto (v. sopra, nn. 328 e 329). Per conseguenza metterà senz'altro (o almeno di solito) il debitore nella necessità di opporre da parte sua delle impugnative o delle eccezioni e di provarne il fondamento. Questa però è piuttosto una caratteristica normale della situazione di fatto, che non una anomalia nella disciplina giuridica delle funzioni. Si tenga presente però che, quando il titolo (in senso sostanziale) sia una sentenza tuttora soggetta ad impugnative (ad es. sentenza di secondo grado, impugnabile od impugnata per cassazione o sentenza di primo grado, provvisoriamente esecutiva, ma appellabile od appellata), il giudice della esecuzione (che è giudice anche della opposizione), non può sovrapporre il proprio giudizio a quello del giudice della cognizione e, cioè, delle impugnative. Per conseguenza, il giudice della esecuzione dovrà limitarsi ad esaminare, se, al momento del precetto la sentenza fosse o meno esecutiva o dichiarata esecutiva, e se sia tuttora in vigore come tale, o non sia stata invece annullata o riformata. Non potrà scendere all'esame della sussistenza del credito, nè delle eccezioni ancora deducibili davanti al giudice della cognizione e, se si tratta di sentenza provvisoriamente esecutiva, non potrà neppure scendere ad esaminare, se bene o male sia stata concessa la provvisoria esecutorietà. S'intende, che, se, mentre pende il giudizio di opposizione, la sentenza che costituiva il titolo, venga riformata od annullata in sede di cognizione (o venga revocata o sospesa la sua esecutorietà), il giudice della esecuzione dovrà tenerne conto, come di un motivo sopravvenuto

di improcedibilità o di nullità degli atti esecutivi. Se nel frattempo la opposizione al precetto fosse stata rigettata, potrà, in ipotesi, esser riproposta, fino a che gli atti esecutivi non siano esauriti.

Esauriti gli atti, cessa la competenza del giudice della esecuzione e subentra, per le eventuali restituzioni e per i danni, l'altra competenza di cui abbiamo parlato più addietro (v. sopra, n. 292, in fine).

SUI DANNI: in qualunque caso il giudice dell'esecuzione
366 debba decidere, che gli atti esecutivi sono stati promossi senza che sussistesse il credito o il titolo, dovrà provvedere (sempre sulla istanza dell'opponente, ben si intende), anche in ordine al risarcimento dei danni, secondo i criterii già prospettati nella parte generale (sopra, n. 108), non senza avvertire che, se il credito in realtà non sussista, la colpa sarà implicita, di regola, nel fatto stesso di avere agito esecutivamente. Di regola, infatti, non si può ammettere, che chi agisce esecutivamente ignori di non essere realmente creditore o gli sia lecito di non verificarlo con ogni scrupolo e con ogni mezzo a sua disposizione, prima di decidersi ad atti così gravi e dannosi ad altri.

Questo deve dirsi anche nel caso, in cui il (sedicente) creditore proceda in base ad una sentenza, che venga poi definitivamente riformata od annullata (nel merito), o ad un decreto ingiuntivo, provvisoriamente esecutivo. Il fatto che il giudice, in base alle risultanze degli atti abbia ritenuto sussistente il credito, non esclude affatto, che il sedicente creditore sapesse o dovesse sapere nella sua coscienza, come stavano realmente le cose. Soltanto quando la sentenza venga riformata od annullata per eccezioni successivamente proposte e che il creditore in perfetta buona fede non potesse prevedere o che in perfetta buona fede e senza ombra di negligenza potesse credere improponibili od infondate, la sentenza del giudice (sebbene ancora soggetta a riforma od annullamento) potrà eventualmente scagionarlo dalla responsabilità per colpa, ma bisognerà appurarlo, caso per caso. Lo stesso dovrà dirsi quando una sentenza definitiva venga riformata con una interlocutoria o cassata con rinvio, ma il giudice in definitiva torni a decidere nello stesso senso.

Sensibilmente diversa è la situazione, quando il debitore esecutato opponga unicamente delle eccezioni di ordine processuale («rito»). Senza dubbio bisogna che il giudice salvaguardi il principio, che non deve esser lecito promuovere atti esecutivi, quando non ne ricorrano gli estremi, anche dal punto di vista formale e processuale, principio che si attiene all'ordine dei procedimenti (e che è interesse pubblico). Ma è anche evidente, come, in questo caso (supposto che sussista il credito e il titolo esecutivo sostanziale), se può esser in colpa il creditore, non è un puro martire, vergine di ogni colpa, neanche il debitore, che, in conclusione, non abbia pagato e non paghi quello che, doveva. Quindi in materia di danni, il giudice dovrà essere estremamente cauto. Anzi, da questo punto di vista, si può osservare, che le eccezioni di forma e di procedura opposte dal debitore, hanno bensì carattere pregiudiziale («di rito»), per quel che concerne la procedibilità degli atti e l'eventuale nullità; però quando si scenda al tema del risarcimento di danni, il creditore può invocare a suo discarico dati ed elementi di merito.

QUANTO ALLA FORMA dell'opposizione, abbiamo già detto,
367 che essa normalmente si propone con atto di citazione del debitore al creditore (notificata al domicilio eletto o dichiarato nel precetto o altrimenti alla cancelleria: v. sopra, n. 361), davanti al giudice dell'esecuzione (la cui competenza si determina, a sua volta, secondo le regole che esporremo, partitamente, per la esecuzione mobiliare e per quella immobiliare nei due capitoli successivi), nel qual caso il processo (sulla opposizione) ha un proprio corso autonomo, indipendente dagli atti esecutivi propriamente detti. E sono soltanto i provvedimenti emanati dal giudice dell'opposizione, che vanno poi a spiegare la loro influenza ed i loro effetti sugli atti medesimi.

Si ammette tuttavia comunemente (e non vediamo ra-

gione di adottare una opinione diversa), che, quando gli atti esecutivi diano luogo a delle fasi in contraddittorio fra creditore e debitore, nelle forme della cognizione, sul modo della esecuzione (come, ad es., nella esecuzione immobiliare per l'autorizzazione a vendita, nella esecuzione mobiliare presso terzi per la «propalazione» secondo quello che diremo nei due capitoli, che seguono), allora il debitore può profittare di queste fasi o di questi momenti, per inserirvi la propria opposizione al precetto, senza bisogno di una separata citazione. La proporrà per comparsa, come una domanda riconvenzionale. In questo caso, nella fase di cui si tratta, veniamo ad avere pluralità o molteplicità di oggetti, e il tema del fondamento e della legittimità della esecuzione può assumere carattere pregiudiziale sul tema del modo: il «se» è evidentemente pregiudiziale al «come».

In ogni caso (e cioè qualunque sia il modo di proposizione), il giudizio sulla opposizione dovrà dar luogo ad un procedimento di cognizione con tutte le garanzie ordinarie, e tutte le ordinarie possibilità di sviluppo: doppio grado, cassazione ecc.. Resta esclusa soltanto, a quanto si ritiene (e giustamente), l'opposizione contumaciale, interpretando estensivamente l'art. 574. E si ritiene (dopo qualche esitazione della giurisprudenza ormai superata), che, in ogni caso l'appello dalla sentenza vada proposto nel termine di quindici, anzichè di trenta giorni dalla notificazione, applicando (estensivamente anche in questo caso) gli artt. 656 e 703 cod. proc. civ..

CAPITOLO TERZO

SVILUPPI ED EPISODII DEL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE SUI MOBILI

SOMMARIO: § 9. Organi ed uffici, poteri e competenze. — § 10. Il pignoramento presso il debitore. — § 11. L'ordine di vendita e la vendita. § 12. La fase di reparto e di soddisfazione dei creditori. Opposizioni del debitore, surrogazione, domande in separazione ed altri incidenti di cognizione nella esecuzione. — § 13. Il pignoramento presso terzi e la propalazione — § 14. Seguito degli atti dopo il pignoramento presso terzi.

§ 9. — *Organi ed ufficii, poteri e competenze.*

LE ATTRIBUZIONI ED I POTERI, necessarii per il compi-
368 mento degli atti di esecuzione mobiliare, sono demandati alle preture, e, volta per volta, ai singoli ufficii che le compongono, qualunque sia il valore dei beni assoggettati ad esecuzione e l'ammontare dei crediti per i quali si procede.

La pratica non sembra persuasa di questa regola, per quanto riguarda il pignoramento; e sembra ritenere invece, che questo possa esser eseguito da qualunque ufficiale giudiziario, anche del tribunale, anche della corte (nei limiti della circoscrizione dell'autorità giudiziaria alla quale è addetto), salvo tornare alla pretura per il seguito degli atti. Non ci sembra che questo sia conforme al disposto dell'art. 175 dell'allegato n. 1 alla legge sull'ordinamento del perso-

nale degli ufficiali giudiziarii (r. d. 28 dicembre 1924, n. 2271 citato sopra, al n. 311).

Una vera e sicura eccezione alle attribuzioni delle preture e di tutti i relativi ufficii, è invece quella che risulta dall'art. 13 della legge 16 giugno 1892 n. 251 (modificata quanto al limite di valore dalla legge 15 settembre 1922: v. sopra, n. 180) e per cui la esecuzione in base a sentenze dei conciliatori, od a verbali di conciliazione di valore non superiore alle centocinquanta lire, è devoluta agli stessi ufficii di conciliazione.

Quanto alla determinazione dei singoli organi od ufficii che devono procedere, per ragione di sede o di territorio, non c'è dubbio, quanto alle preture, che ciascuna di queste, e con essa i suoi singoli ufficii, può procedere a tutti gli atti su beni che si trovino nel suo mandamento, qualunque sia il titolo, in forza del quale si procede. E nessuna può procedere su beni che ne siano fuori, cosicchè se i beni da colpire si trovino in più mandamenti, occorre istituire tante separate serie di atti esecutivi (sopra, n. 338). Queste regole, essendo attinenti ai limiti dei poteri, più ancora che alla competenza, sono inderogabili, e la loro osservanza è a pena di nullità degli atti (v. sopra, n. 169).

Per gli ufficii di conciliazione, è pure a ritenersi in modo indubbio, che ciascuno di essi possa procedere ad atti esecutivi solo su beni situati nel suo comune, ma bisogna aggiungere, secondo noi, che può procedere (su questi beni) solo a condizione, che esso medesimo abbia pronunciata la sentenza, o che davanti a lui sia stato formato il verbale di conciliazione, in base al quale si procede. Se si debbano colpire beni che siano fuori della circoscrizione del comune, bisogna ricorrere alla pretura del relativo mandamento, secondo la regola ordinaria.

GIUDICI DELL'ESECUZIONE, e cioè degli incidenti di cogni-
369 zione, che possono sorgere dalla esecuzione o dalle formalità preliminari (a cominciare dalla opposizione al precetto), possono essere in primo grado (almeno di regola) le preture o i tribunali (art. 570 cod. proc. civ.), secondo

le norme di competenza per valore, che ora accenneremo. Possono essere giudici dell'esecuzione, anche gli ufficii di conciliazione, unicamente per quei procedimenti esecutivi, che sono loro demandati, e nei limiti della loro competenza per valore (art. 13 della legge 16 giugno 1892, citata sopra).

Quanto ai limiti della competenza per valore di ciascun organo, valgono le regole ordinarie (sopra, n. 180), ma il valore della causa, e cioè dell'incidente di cognizione, si determina secondo le disposizioni particolari dell'art. 75, e cioè si determina: « 1) dal credito per cui si procede a que« sti atti, se si contenda intorno al diritto del sequestrante « o pignorante, o intorno alle forme della procedura; 2) dal « valore degli oggetti controversi, se un terzo pretenda riven« dicare, in tutto o in parte, le cose pignorate o sequestrate; « 3) dal valore separato di ciascuno dei crediti controversi e « concorrenti, se si contenda sulla distribuzione del prezzo ».

Vedremo tuttavia nel seguito, che, nel caso di cui al n. 2, il procedimento si promuove sempre, o almeno di regola, davanti al pretore per i provvedimenti urgenti (sospensione della vendita), e il pretore stesso rimette poi al tribunale, se non sia esso stesso competente per valore. Così pure nei casi del n. 3, la contestazione sorge davanti al pretore, il quale poi rimette al tribunale. Forse sotto la influenza di queste regole e di quelle dell'art. 572 (v. sotto), la pratica, almeno in qualche regione, tende a ritenere che anche l'opposizione al precetto e le impugnative di forma possano promuoversi davanti al pretore per eventuali provvedimenti di urgenza, salvo a questi di rimettere al tribunale, come nei casi precedenti. La regolarità di questo modo di procedere è, però, assai dubbia.

Si intende, che quello che è detto del pretore, vale per il conciliatore, nei procedimenti esecutivi a lui demandati. Il codice parla sempre di pretore, solo perchè, secondo le sue disposizioni, il conciliatore non aveva attribuzioni esecutive. Questa avvertenza deve esser tenuta presente anche per il seguito.

Attribuzioni speciali del pretore o del conciliatore, in-

dipendenti dalle competenze di cui sopra, sono prevedute poi nell'art. 572: «quando nell'atto di esecuzione sorgano «difficoltà che non ammettono dilazione, il pretore del man- «damento in cui si fa l'esecuzione, ancorchè la causa non «sia di sua competenza, dà i provvedimenti temporanei «occorrenti, e rimette le parti davanti l'autorità giudiziaria «competente. Questi provvedimenti possono anche darsi dal «conciliatore del comune in cui ha luogo l'esecuzione, se ivi «non risieda il pretore».

Quanto alla competenza territoriale, la regola è, che competente è sempre il giudice (pretore o tribunale, poco importa) del luogo della esecuzione. Anche per la opposizione al precetto fatta anteriormente all'inizio degli atti esecutivi propriamente detti, vale la stessa regola, considerando come luogo della (futura) esecuzione quello risultante dalla elezione di domicilio o dalla dichiarazione di domicilio o residenza contenuta nel precetto. In difetto, riteniamo che l'opposizione vada proposta davanti all'autorità giudiziaria del luogo della notificazione del precetto (che sarà quella del domicilio o residenza del debitore). Ma certamente la legge per questa ipotesi non è chiara.

Queste norme di competenza territoriale, desunte soprattutto dall'art. 570, sono inderogabili, e riteniamo che la incompetenza possa sollevarsi in qualunque stato e grado, anche d'ufficio.

Quanto alla competenza per grado, valgono le norme ordinarie (semprechè la legge non escluda, come qualche volta avviene, e lo vedremo, l'appello dalle sentenze).

§ 10. — *Il pignoramento presso il debitore.*

Il PIGNORAMENTO (diretto), col quale si iniziano gli atti
370 esecutivi, è eseguito, come dicevamo, dall'ufficiale giudiziario.

Sono pignorabili in questa forma tutte le cose mobili, di cui il debitore stesso sia in possesso di fatto (e poco importa, che lo eserciti o lo conservi direttamente o per mezzo di familiari, commessi, o altre persone addette al suo servizio o alle sue «dipendenze», in virtù di un rapporto personale fra di loro), non le cose che siano affidate alla custodia di «terzi» estranei, i quali abbiano costituito su di esse — sebbene in nome o per conto di lui — un possesso proprio, giuridicamente distinto e qualificato (conduttori, depositarii, comodatarii, ecc.). Per queste ultime cose, bisognerà ricorrere alla procedura di pignoramento presso terzi, di cui parleremo in un paragrafo successivo (§ 13).

L'ufficiale giudiziario procedente dovrà fondarsi naturalmente sopra degli indizi esteriori di possesso, e segnatamente sul fatto, che i beni si trovino nella casa o nei locali, in cui il debitore ha residenza o dimora oppure nei locali, in cui questo (direttamente o per il tramite dei suoi «commessi») abbia una sede o uno stabilimento qualsiasi della sua azienda o del suo esercizio professionale o nelle loro «appartenenze» (nel senso dell'art. 614 cod. pen.) oppure dove abbia uno spazio, di cui egli possa disporre, per collocarvi o custodirvi delle cose (*boxe* di un garage, forziere o cassetta di sicurezza di una banca ecc.). Ciò, sempre quando, dalla natura stessa delle cose o dalla loro collocazione, non si desumano indizii in contrario (per es. non gli abiti o le cose, che una persona di famiglia o un dipendente abbia deposto in un locale, in un mobile o ripostiglio a ciò destinato). È rimesso al prudente criterio dell'ufficiale giudiziario valutare, secondo la sua esperienza, tutti questi indizii. Il creditore procedente (al quale spetta fondamentalmente la facoltà di scelta, secondo quanto abbiamo detto più sopra, n. 338) può fornire all'ufficiale giudiziario delle indicazioni, nel senso di escludere o comprendere nel pignoramento certe determinate cose; non può tuttavia pretendere, che ve le comprenda contro il di lui convincimento.

Qui il possesso di fatto è assunto evidentemente, sempre secondo la comune esperienza, come indice di proprietà o almeno di un diritto reale espropriabile. Questo non significa, che talvolta l'ufficiale giudiziario non possa ingannarsi sul significato degli indizii circa il possesso o che al possesso di fatto non corrisponda un diritto reale del debitore sulla cosa. Potrà avvenire così, che il pignoramento

colpisca anche cose di terzi; e in questo caso i terzi potranno poi chiedere la «separazione» delle cose loro (v. più oltre n. 383). Non può opporsi invece al pignoramento, o chiedere la separazione, il debitore, allegando, lui, che le cose sono di spettanza di terzi.

L'ufficiale giudiziario procedente, recandosi sul luogo dove intende procedere al pignoramento, dovrà essere assistito da due testimoni, a sensi dell'art. 594 cod. proc. civ., e dovrà redigere, sempre sul luogo, processo verbale delle sue operazioni. A mano a mano che rinvenga cose, che giudichi essere in possesso del debitore, dovrà farne inventario, dandone atto nel processo verbale, dettagliato in tutte le circostanze, e con tutte le indicazioni di cui all'art. 597 del codice. Trovando chiuse le porte dei locali o chiusi i mobili, in cui ritenga trovarsi cose pignorabili, può farli aprire anche con la forza (art. 596 del codice), sempre facendone menzione nel processo verbale.

Al pignoramento può assistere il creditore procedente, in persona o per mezzo di un suo mandatario (art. 595); può assistervi naturalmente il debitore o un suo mandatario, a ciò nominato, o anche persona di famiglia o addetta al suo servizio, sebbene non munita di mandato speciale. Costoro possono chiedere, che le loro dichiarazioni od istanze siano inserite a verbale. Sulle difficoltà che insorgano, provvede (provvisoriamente, ben si intende) l'ufficiale giudiziario, quando non creda (anche a scarico di sue responsabilità) di rimettere le parti al pretore o al conciliatore a sensi dell'art. 572 (v. sopra, n. 369).

Per la conservazione e custodia degli oggetti pignorati (ed inventariati), l'ufficiale giudiziario deve nominare sul luogo un custode, inserendo la dichiarazione di nomina nel processo verbale. Nessuno è tenuto ad accettare la nomina. Se la accetta, deve sottoscrivere a questo effetto il verbale. Se non sia possibile la nomina, l'ufficiale giudiziario procedente provvede «nel modo più conveniente per la conservazione degli oggetti pignorati» (art. 599 del codice). Sulla scelta del custode, vi sono altre disposizioni particolari (preferenze; esclusione del creditore e suoi congiunti, senza il

consenso del debitore; e del debitore e suoi congiunti, senza il consenso del creditore: artt. 600 e 601). Comunque l'ufficiale giudiziario deve depositare in cancelleria denaro, titoli di credito e preziosi, per i quali o non abbia trovato custode o non abbia ritenuto prudente consegnarglieli (art. 604 capov.).

L'originale del processo verbale è depositato nella cancelleria della pretura, nel giorno stesso o al più tardi nel giorno successivo; una copia ne viene consegnata al custode, se questi la richieda (art. 604 al.).

Il pignoramento non può essere eseguito in giorni festivi o fuori delle ore (diurne) stabilite nell'art. 42. Se non possa essere compiuto in un sol giorno e dentro questi limiti di tempo, può essere rinviato per la prosecuzione ad un giorno successivo, non festivo, senza altre formalità. Il verbale sarà steso in continuazione (art. 597 u. c.) e depositato come sopra, dopo la sua chiusura.

Disposizioni particolari vi sono per il pignoramento dei frutti non ancora raccolti o separati dal suolo, per le quali riteniamo di poter rinviare al codice, artt. 606 a 610.

Rinviamo al codice (art. 598) anche per la «riunione» di più pignoramenti e per la «ricognizione» (salvo riprendere il tema più oltre al n. 378).

371 GLI EFFETTI del pignoramento, li abbiamo già esposti più dietro (cfr. capitolo primo di questa parte speciale, n. 341).

Qualche considerazione particolare, meriterà soltanto la organizzazione della custodia delle cose pignorate, e la figura stessa del custode.

Il custode, nominato, come abbiamo visto, d'autorità, assume la qualità di un ausiliario di giustizia, per i fini di esecuzione. Il suo compito è duplice e cioè: prima di tutto impedire, che i beni vengano da chiunque sottratti, distrutti od alterati oppure alienati e consegnati a terzi, i quali possano poi invocare per sè la regola, che possesso delle cose mobili val titolo ecc. ecc.. In secondo luogo: gestire l'amministrazione dei beni stessi, sempre a scopo conservativo (manutenzione) o anche allo

scopo di curarne, secondo la loro natura, la coltivazione, la raccolta, la fruttificazione (come può avvenire per i frutti pendenti, per il bestiame ecc.). Il contenuto materiale dell'incarico, sembra analogo a quello di un mandato di gestione conservativa, più che ad un deposito nella sua forma più genuina, tanto più che il custode non ha obbligo di tenere i beni presso di sè o di costituirsene possessore di fatto, sia pure in nome altrui (può anche lasciarli nel possesso materiale del debitore: arg. dall'art. 600 cap.). I suoi doveri sono rafforzati e caratterizzati da sanzioni penali (artt. 334 e 335 cod. pen.). Egli deve usare nell'espletamento dell'incarico, la diligenza del buon padre di famiglia; non può usare, affittare od imprestare gli oggetti pignorati (art. 603 cap. cod. proc. civ.); e tanto meno può venderli, salvo che vi sia giudizialmente autorizzato (dal pretore), nell'interesse stesso del buon fine della esecuzione (arg. dall'art. 610 u. c. cod. proc. civ. e 2085 cod. civ., per analogia); deve «presentare» le cose pignorate, che ancora sussistono, e nello stato in cui si trovano, quando ne sia richiesto per la procedura di vendita; e in ogni caso deve render conto della sua gestione, dei proventi e, in genere, del suo operato (arg. dall'art. 603 cod. proc. civ.).

Il conto deve esser reso a tutti, o per tutti, gli interessati e cioè: nel caso che segua la vendita, al creditore procedente, al debitore esecutato e ai creditori concorrenti al reparto, e, se non vi sia accordo, deve esser reso giudizialmente (presso la pretura), dove tutti possono contestarlo; nel caso in cui vengano a cadere per qualsiasi ragione gli atti esecutivi (perenzione, rinuncia, pagamento di creditori ecc.), deve esser reso al debitore.

Gli stessi obblighi verso gli altri interessati, incombono (anche con le relative sanzioni penali) al debitore esecutato, nel caso che egli stesso sia stato nominato custode. In questo caso, infatti, egli si trova a dover custodire ed amministrare delle cose sue proprie, ma nell'interesse altrui, ciò che non è affatto inconcepibile (e trova dei paralleli, anche in qualche caso di diritto privato).

Il custode ha diritto al rimborso delle spese e, se non vi abbia rinunciato (o se non sia lo stesso debitore o il creditore), ha diritto ad un salario, che deve essergli liquidato giudizialmente dal pretore, se non vi sia l'accordo degli interessati. Le somme occorrenti devono esser anticipate dal creditore procedente, il quale però ha diritto di esserne rimborsato, con privilegio, nel reparto, come spesa di giustizia.

Il custode può esser surrogato in corso di procedimento, a sua richiesta (arg. dall'art. 605 cod. proc. civ.), oppure se venga a mancare o si trovi nella impossibilità di esercitare l'ufficio o anche in caso di colpa o negligenza. La surrogazione è fatta dal pretore, nelle forme e con le cautele, di cui all'art. 602 del codice.

372 La sospensione del pignoramento non può esser ordinata, di regola, dall'autorità giudiziaria, neanche a seguito di opposizione al precetto (v. sopra n. 361) e tanto meno può esser disposta di suo arbitrio dall'ufficiale giudiziario procedente, salvo che incontri difficoltà di esecuzione, per cui creda di dover rimettere al pretore a sensi dell'art. 572.

Però dispone l'art. 580 cap. cod. proc. civ., che: «l'ese- «cuzione è sospesa, se il debitore consegni all'uffiziale che «fa il pignoramento, a titolo di deposito, la somma intiera «per cui si procede e l'importare delle spese». Ci sembra fuor di dubbio, che la disposizione si applichi solo nella ipotesi che il debitore abbia fatto opposizione al precetto, altrimenti non si capirebbe il perchè del semplice deposito, anzichè della offerta di pagamento. La somma depositata deve esser versata dall'ufficiale procedente in cancelleria (e dalla cancelleria alla cassa dei depositi giudiziali), come il danaro ricavato dalla esecuzione. E il creditore procedente potrà ottenerne l'assegnazione in pagamento, quando siano risolte le opposizioni.

Però, se nel frattempo intervengano altri creditori per concorrere al reparto, riteniamo che il creditore procedente possa far procedere al pignoramento di altri beni, altrimenti può correre il rischio di rimanere in tutto od in parte in-

capiente, non ostante che vi fossero o vi siano altri oggetti da pignorare.

La PERENZIONE del pignoramento eseguito, è un feno-
373 meno che può sopravvenire per la inerzia del creditore procedente (e degli altri creditori, che già abbiano proposta la istanza per essere ammessi al concorso). Dispone l'art. 581, che: « il pignoramento è perento di diritto, se la vendita « non abbia luogo nei novanta giorni successivi e il cre- « ditore pignorante soggiace alle spese. Non è computato « nei giorni novanta il tempo decorso per le opposizioni o « per altre questioni incidentali ».

Questa, che la legge chiama perenzione « del pignoramento », è evidentemente una perenzione « del processo », cioè degli atti esecutivi. Può tuttavia sopravvivere (perchè indipendente da questa) la efficacia del precetto, secondo quanto abbiamo esposto più addietro (nn. 362 e seg.), onde il pignoramento può essere rifatto da capo, fino a che anche la efficacia del precetto non sia perenta.

Le opposizioni, alle quali allude il capoverso dell'articolo, sono evidentemente tanto l'opposizione al precetto, quanto anche le opposizioni alla prosecuzione degli atti esecutivi, per motivi di nullità o per questioni di pignorabilità degli oggetti, o altre consimili. Di fronte a queste, fondate o infondate che siano, il creditore non può essere costretto a procedere egualmente, facendo istanza per la vendita, ciò che potrebbe esporlo a maggiori responsabilità. Si capisce quindi, come la legge sospenda a suo favore il decorso del termine, anche se l'autorità giudiziaria non abbia ordinata espressamente la sospensione della vendita. La sospensione ha effetto dal giorno in cui venga notificato l'atto di opposizione (il che vuol dire, che, se c'è stata opposizione a precetto anteriore al pignoramento, il termine non decorre affatto). Riprende il decorso, dal giorno in cui sia notificata una sentenza non appellabile, o non più appellabile, di rigetto della opposizione od una sentenza di conferma in appello della sentenza, che la abbia rigettata in primo grado. Riteniamo, che non riprenda dalla notifica di una sentenza

provvisoriamente esecutiva, ancora appellabile od appellata. In ogni caso, qui si tratta, ed è bene avvertirlo, di sospensione e non già di interruzione (come si ha, invece, nel caso di opposizione al precetto, rispetto al termine di efficacia e di perenzione del precetto medesimo: sopra n. 362, cit.).

§ 11. — *L'ordine di vendita e la vendita.*

IL SEGUITO degli atti esecutivi, quando non ci sia stato
374 deposito della somma, di regola è rappresentato dalla vendita e poi dal reparto e dalla assegnazione in pagamento del danaro ricavato.

La vendita tuttavia non ha luogo, quando sia stato pignorato del danaro o siano stati pignorati altri titoli di credito, comunemente ricevuti in commercio per danaro o che siano prontamente e sicuramente realizzabili (del che, v. menzione nell'art. 604 capov. citato sopra e v. oltre il n. seg.). In questo caso, può aver luogo l'assegnazione diretta, in base al riparto.

Anche quando siano stati pignorati oggetti di altro genere, ma il credito per il quale si procede, sia di minimo valore, cioè non superiore a trecento lire (nel giorno del pignoramento), in capitale e interessi, più le spese di esecuzione, o quando gli oggetti pignorati non eccedano questo valore, sebbene il credito sia superiore, e non vi siano altri creditori concorrenti, è in facoltà del creditore di farseli aggiudicare in pagamento. La natura giuridica e gli effetti della aggiudicazione, li abbiamo accennati già più addietro (v. sopra, n. 364 e seg.).

Le modalità sono regolate, in questo caso, dagli artt. 643 e 644, ai quali rinviamo, e che prevedono, in fra l'altro, un diritto di riscatto del debitore esecutato, da esercitarsi nel termine di dieci giorni (art. 644).

Fuor di qui, come dicevamo, al pignoramento deve seguire la vendita.

L'ORDINE DI VENDITA delle cose pignorate, è dato dal
375 pretore, su istanza (anche verbale) del creditore procedente,

con provvedimento scritto in calce all'originale del verbale di pignoramento, sulla presentazione che gliene sarà fatta, sempre su istanza del creditore, dal cancelliere presso il quale è depositato (sopra, n. 370).

«Il provvedimento che ordini la vendita degli oggetti «pignorati», dispone l'art. 623, «stabilisce il giorno, l'ora e «il luogo in cui sarà fatta la vendita, delega l'uffiziale che «vi deve procedere, e nomina il perito per la stima degli «oggetti d'oro e d'argento, delle gioie e degli altri oggetti, «per i quali il pretore lo creda necessario». Per la stima degli oggetti d'oro e d'argento, dà disposizioni particolari l'art. 628.

«Per la vendita delle azioni industriali» (e qui deve intendersi: azioni di società anonime e accomandite per azioni, di qualunque genere) il pretore, a quanto dispone l'art. 639, «può ordinare le forme speciali che creda opportune». Ad esempio, potrà ordinarne la vendita in borsa, a mezzo di pubblico mediatore. Per la vendita delle rendite sul debito pubblico e delle obbligazioni dello Stato, il codice rinvia alle relative leggi, che danno luogo ad un procedimento speciale, uori del quadro della nostra trattazione.

Riteniamo che l'art. 639 sia suscettibile, per necessità di cose, non solo di interpretazione estensiva, ma anche di analogia, per tutti i titoli di credito, secondo la loro speciale natura. Così riteniamo, per esempio, che in caso di pignoramento di cambiali, o altri titoli equiparabili, il pretore possa ordinare, che si proceda per assegnazione diretta (come se si trattasse di danaro; v. sopra, n. prec.), se i creditori vi consentano, o altrimenti può disporre per l'incasso a mezzo di istituto bancario, salvo procedere poi al reparto e all'assegnazione del danaro incassato.

Quando si debba procedere alla vendita nei modi ordinarii, a sensi dell'art. 623, questa, a sensi dell'art. 624, anche se possa esser chiesta subito dopo il pignoramento, «non può farsi prima che siano trascorsi giorni dieci dal «pignoramento. Quando si tratti di oggetti, per i quali vi «sia pericolo di deterioramento, il pretore può abbreviare «il termine e anche autorizzare la vendita nello stesso

«giorno in cui sia pubblicato il bando, purchè vi sia l'in«tervallo di due ore dalla pubblicazione, e con lo stesso «provvedimento può anche dispensare dalla notificazione «del bando al debitore».

Quanto all'ufficiale da delegarsi, dispone l'art. 627, che, «quando la vendita debba farsi nel comune in cui ha sede «la pretura, è delegato per la medesima il cancelliere del «pretore o un usciere; se fuori, il pretore può anche dele«gare il cancelliere del conciliatore o un notaro». La vendita dovrebbe farsi preferibilmente sul mercato (qualora questo «vi sia nel comune in cui sono gli oggetti pignorati»), salvo che il pretore creda più vantaggioso, che sia fatta in altro luogo o tempo (art. 626). Nelle città di qualche importanza, è ormai invalso l'uso, che si faccia presso delle case di asta o presso istituti organizzati per vendite dello stesso genere (es. monti di pietà). Però, anche in questo caso, deve esser presieduta dall'ufficiale delegato, a sensi degli artt. 623 e 627.

La vendita deve esser annunciata con un «bando» al pubblico, che deve esser compilato dall'ufficiale incaricato, secondo le disposizioni contenute nell'ordine di vendita del pretore. Il bando deve contenere, in ogni caso, tutte le indicazioni minutamente specificate nell'art. 631. Deve esser notificato, sempre a cura dell'ufficiale procedente, al debitore (se non ne sia dispensato a norma dell'art. 624) e al custode. Deve esser affisso ed eventualmente pubblicato, secondo le disposizioni, anch'esse assai minuziose, degli artt. 629 e 630, ai quali rinviamo. Se la vendita non si faccia nel giorno stabilito, occorre un nuovo ordine del pretore e una nuova pubblicazione del bando (art. 633).

376 La vendita «si fa ai pubblici incanti, per mezzo di «banditore, a favore del maggior offerente e a danaro con«tante. In difetto di pagamento, si procede immediata«mente a nuovo incanto, a spese e rischio del comprato«re». Può esser proseguita nei giorni successivi (non festivi), senza rinnovazione del bando (art. 635). Quando non si presentino offerenti (o le offerte siano inferiori alla sti-

ma), si procede a nuovo incanto nel primo giorno seguente non festivo, vendendo a qualunque prezzo, semprechè, in difetto di offerenti, il creditore procedente (se non vi siano altri creditori concorrenti) non preferisca ricevere gli oggetti in aggiudicazione, a prezzo di stima (art. 638). Per gli oggetti di oro e di argento e per le gioie, sono prescritte particolari cautele e comunque, se non si trovino acquirenti per un prezzo corrispondente, quanto meno, al valore intrinseco (prezzo del metallo), sono ritenuti in deposito come danaro, per esser assegnati ai creditori nella distribuzione del prezzo, per il valore intrinseco (artt. 636 e 637). Quando il prezzo ricavato dai primi oggetti posti in vendita, risulti sufficiente per il pagamento del creditore procedente, dei creditori concorrenti e delle spese, la vendita viene sospesa e gli altri oggetti vengono restituiti al debitore (art. 640).

Della vendita deve redigersi dettagliato processo verbale, secondo le disposizioni specifiche dell'art. 641, sottoscritto dalle parti interessate presenti, dal banditore e dall'ufficiale delegato.

L'ufficiale delegato è personalmente responsabile del prezzo, e deve depositarlo entro tre giorni, insieme col verbale e con gli oggetti di oro o di argento invenduti, nella cancelleria della pretura (artt. 642 e 650). La cancelleria, a sua volta, secondo le disposizioni generali sul funzionamento dei servizii, deve versare il danaro alla cassa dei depositi giudiziali (cassa postale) e provvedere alla custodia degli altri oggetti, secondo le disposizioni che sia per dare il pretore.

§ 12. — *La fase di reparto e di soddisfazione dei creditori. Opposizioni del debitore, surrogazione, domande in separazione ed altri incidenti di cognizione nell'esecuzione.*

377 La DISTRIBUZIONE del danaro ricavato dall'esecuzione (o di altri « valori » equiparati al danaro), previa formazione dello stato di ripartizione, se e quando occorra, è finalmente l'operazione che chiude il procedimento.

Quando non vi siano altri concorrenti al reparto, oltre al creditore precedente, la cosa è assai semplice. Il creditore può chiedere senz'altro al pretore l'assegnazione in pagamento, delle somme che gli spettino a soddisfazione del suo credito ed accessorii, nonchè per il ricupero delle spese da lui fatte od anticipate per gli atti esecutivi. Si comprendono fra queste, se non sia stato altrimenti disposto, anche le spese di eventuali incidenti di cognizione (cfr., più oltre, il n. 378). Il residuo, se ci sia, spetta al debitore.

Non essendovi forme espressamente prescritte dalla legge, la domanda potrà anche essere fatta, almeno secondo noi, con semplice ricorso, firmato per adesione dal debitore, se questo sia d'accordo. Altrimenti, bisogna che sia fatta con citazione del debitore a comparire, ma, secondo noi, non a comparire in pubblica udienza, bensì in « camera di consiglio », in giorno ed ora, che saranno all'uopo fissati dal pretore medesimo, per tentare un accordo.

Se il debitore non comparisca o, comparendo, non abbia eccezioni da opporre, il pretore rilascierà al creditore un mandato di pagamento, per tutto quanto gli spetta, se ci sia capienza o, quanto meno, fino a concorrenza delle somme disponibili, come ricavato della esecuzione. Se ci sia una eccedenza, spetta al debitore, il quale potrà chiedere, a sua volta, il rilascio del mandato a proprio favore, per la riscossione.

Il mandato sarà immediatamente esigibile dalla cassa dei depositi (cassa postale), dove nel frattempo saranno state versate le somme ricavate (sopra, n. prec.). Se venga assegnato in pagamento oro od argento per il valore intrinseco, il mandato sarà esigibile presso la cancelleria o presso l'istituto, al quale, nel frattempo, siano stati depositati questi valori.

Se il debitore abbia eccezioni da opporre, queste dovranno essere decise, come tutte le questioni di riparto, dal pretore stesso o dal tribunale, a seconda della rispettiva competenza per valore (sopra, n. 369), con un giudizio di cognizione, che verrà ad essere introdotto nelle forme di cui all'art. 652 u. c.

Per quanto riguarda i titoli e l'ammontare delle somme, per le quali il creditore può chiedere la assegnazione, valgono

le stesse regole, che ora vedremo, e che valgono per il caso di riparto in concorso con altri creditori.

In pendenza delle contestazioni, riteniamo che il pretore possa rilasciare il mandato per le somme non controverse, ciò che è rimesso al suo prudente apprezzamento.

Il CONCORSO di altri creditori può verificarsi, quando
378 questi abbiano proposta, nei modi di legge, la relativa domanda. Questa domanda, nella terminologia della legge, prende il nome, alquanto singolare, di « opposizione sul prezzo », il che vorrebbe dire (a quanto pare): opposizione a che il prezzo (ricavato dalla espropriazione) serva esclusivamente a soddisfare il creditore procedente, e sia restituito per l'eventuale eccedenza al debitore, senza tener conto delle ragioni di credito dell'opponente. Si pone in luce così il lato negativo della domanda, più che quello positivo (che è la pretesa di vedersi assegnato in tutto od in parte il danaro disponibile). Comunque, preferiamo, per il migliore coordinamento col codice, adottare la stessa terminologia. La opposizione sul prezzo può esser proposta in varii modi.

Può avvenire innanzitutto che, mentre si sta eseguendo il pignoramento promosso dal creditore procedente, sopravvenga altro ufficiale giudiziario per eseguire altro pignoramento sugli stessi mobili, ad istanza di altro creditore (che, naturalmente, abbia fatto a sua volta il precetto). In tal caso dispone la legge (art. 598 cod. proc. civ.), che i due pignoramenti « sono riuniti ». Che cosa voglia dire, non è chiaro. Sembra, che si debba fare un unico atto (verbale), a richiesta dell'uno e dell'altro. Dopodichè, tanto l'uno quanto l'altro potrà fare istanza per la vendita e poi per il riparto, assumendo la posizione e funzione di creditore procedente, senza bisogno di surroga (v. sopra, nn. 349 e 370, in fine e più oltre, n. 383). Ma chiunque dei due (o dei più) « proceda », l'altro (od ognuno degli altri) deve esser considerato « opponente sul prezzo ». La stessa situazione deve ritenersi che si verifichi, sebbene la legge non lo dica, quando uno stesso ufficiale giudiziario sia stato richiesto di procedere a pignoramento da più creditori precettanti.

Può avvenire altresì che, dopo compiuto il pignoramento ad istanza di un creditore, l'ufficiale giudiziario sia richiesto da altro creditore precettante, di procedere a sua volta a pignoramento. In questo caso, l'ufficiale giudiziario deve procedere alla « ricognizione » degli oggetti già pignorati, e può pignorarne altri se ne trovi. Il relativo verbale deve esser fatto nelle forme dell'art. 597, e notificato successivamente al primo creditore procedente. Questi conserva la sua posizione e funzione di creditore procedente, ma deve estendere la vendita a tutti i mobili pignorati (anche col secondo pignoramento). La notificazione importa opposizione sul prezzo (art. 598 u. c.). Il verbale deve esser depositato in cancelleria, a sensi dell'art. 604.

Gli altri creditori, che non abbiano fatto precetto o non abbiano proceduto a pignoramento, nemmeno in via di ricognizione, e che magari non siano neppure muniti di titolo esecutivo (v. sopra, n. 326), per essere ammessi al riparto, devono far notificare al creditore procedente, al debitore e all'ufficiale incaricato della vendita un « atto di opposizione », indicando il credito o i crediti per cui intendono partecipare al riparto, le eventuali cause di prelazione e « le ragioni », su cui si fondano (art. 646 cod. proc. civ.). Risulta dalla disposizione, che questa opposizione non può farsi, se non dopo che sia stato nominato l'ufficiale per la vendita, ma prima che la vendita avvenga (art. 651). L'ufficiale incaricato dovrà depositare col verbale e con gli atti della vendita (art. 650; v. sopra, n. 376), anche gli atti di opposizione notificatigli. Il cancelliere deve formare apposito volume (!) delle opposizioni, in cui inserire poi (v. sotto) anche quelle dei creditori, che intervengano tardivamente.

NELLO STATO DI REPARTO devono essere collocate con
379 privilegio, avanti a tutte, le « spese di giustizia », che comprendono anche le spese, fatte o anticipate dal creditore procedente o dagli altri pignoranti per gli atti esecutivi. Ciascuno di questi chiederà, dunque, la collocazione in privilegio di primo grado per le proprie spese, salvà la

distinta collocazione del loro proprio credito, secondo il grado che gli spetta. Si sogliono comprendere in queste spese privilegiate, anche quelle degli incidenti di cognizione, a cui abbia dato luogo l'esecuzione (semprechè in questi il creditore non sia stato soccombente, con condanna nelle spese a suo carico o con compensazione). La pratica è molto larga (eccessivamente larga), nell'ammettere queste collocazioni.

Seguiranno, per ordine, nella collocazione, i crediti con privilegio speciale sui mobili pignorati e venduti (limitatamente al prezzo ricavato dai singoli beni soggetti a privilegio speciale) e quelli aventi privilegio generale, secondo l'ordine indicato dal codice civile (artt. 1959 e seg.), con le modificazioni o interpolazioni dovute ad altre leggi (leggi fiscali, leggi in materia di lavoro, di assicurazioni sociali ecc. ecc.). In questo ordine trova il suo posto (art. 1958, n. 6) anche il diritto di prelazione nascente dal pegno, sebbene male gli si applichi, in questa occasione, il nome di privilegio. Seguiranno i creditori non assistiti da diritti di prelazione, e che in pratica si chiamano «chirografarii» (compresi quelli con privilegio speciale su singoli mobili, per la parte che non abbia trovato capienza preferenziale sul relativo prezzo). Finalmente, se c'è ancora un residuo, va, al solito, al debitore spropriato. Naturalmente potranno esser soddisfatti solo quei creditori, per i quali ci sia capienza nel ricavato dell'esecuzione. Se vi siano più collocati in pari grado (come avverrà per i chirografarii e potrà avvenire anche per certi privilegiati), e non vi sia capienza per la totalità dei loro crediti, si ripartiranno per contributo (in proporzione diretta all'ammontare dei rispettivi crediti), quello che c'è disponibile per loro.

380 PER PROCEDERE concretamente al reparto, i creditori e il debitore possono, in qualunque modo, accordarsi fra di loro e chiedere al pretore (con ricorso sottoscritto da tutti o con separate dichiarazioni, da cui risulti l'accordo di tutti), che emetta i mandati a favore di ciascuno, nella misura della sua collocazione (il che avverrà nelle stesse forme di cui sopra, al n. 377).

Se non vi sia l'accordo, qualunque interessato può citare gli altri creditori concorrenti e il debitore, davanti al pretore (sempre nelle forme di cui sopra al n. 377), perchè provveda sul reparto. Il pretore, «sentiti gli interessati, pro-«pone uno stato di assegnazione o ripartizione, facendone «risultare con processo verbale» (art. 652 al.). «Se lo stato «sia accettato da tutti gli interessati, è tosto eseguito» (cioè con la emissione dei mandati). «La contumacia del «debitore vale accettazione per lui» (art. 652 cap.).

Fin che le cose si svolgono e si concludono in questo modo, siamo sempre, secondo noi, dentro alla serie degli atti esecutivi. «In mancanza di accettazione», e cioè quando vi siano contestazioni (o assenza di qualche creditore, il che dalla legge si interpreta come contestazione), dalla esecuzione sorge un incidente di cognizione, che dovrà esser risolto nei modi ordinarii e secondo le relative norme di competenza (come nel caso, di cui sopra al n. 377, e secondo quanto già detto al n. 344; art. 652 capov).

L'INTERVENTO di altri creditori concorrenti, è ancora am-
381 messo dopo la vendita, fino a che non sia accettato lo stato di ripartizione o non siano state risolte le controversie insorte (non però in grado di appello). L'intervento avviene nelle forme ordinarie del giudizio di cognizione (art. 653 al. e cap.).

Però questi intervenienti tardivi, se non siano dei privilegiati (con privilegio prevalente), non possono ottenere la collocazione, nè per il credito nè per le spese, in pregiudizio del creditore procedente e degli altri, che abbiano fatto tempestivamente opposizione sul prezzo (art. 653 u. c.).

IL DEBITORE, secondo la dizione dell'art. 645 cod. proc.
382 civ., può «far opposizione» agli atti che precedono la vendita, indipendentemente dalla opposizione al precetto (o congiuntamente con questa, se non sia stata proposta prima dell'inizio degli atti esecutivi). Evidentemente, queste «opposizioni» non possono consistere, se non in questioni di nullità degli atti esecutivi compiuti (pignoramento, ordine

di vendita, formalità preliminari alla vendita), dalle quali il debitore deduce la improcedibilità degli atti successivi.

La opposizione deve esser proposta con atto di citazione del creditore procedente (ed eventualmente dell'ufficiale giudiziario o altro ufficiale incaricato, che abbia compiuto l'atto impugnato), davanti alla autorità giudiziaria competente (giudice di controllo dell'esecuzione), salvi però i temperamenti che ha introdotti la legge (e, se così si creda, quelli che ha introdotti la pratica) a questa osservanza delle competenze, per gli eventuali provvedimenti urgenti di sospensione (v. sopra, n. 369).

Ne sorge in questo caso un incidente di cognizione. Il giudice può ordinare la sospensione della vendita anche in forma di ordinanza, prima di conoscere del fondamento della opposizione, affinchè non avvenga intanto l'irreparabile (arg. a contrario dall'art. 645 cit.). Si seguono, del resto, le norme ordinarie della cognizione.

Risulta esclusa, però, (di regola o quasi) la appellabilità delle relative sentenze, e cioè di quelle che rigettino l'opposizione perchè tardiva, di quelle che si limitino, anche in via di conferma o riforma del provvedimento del pretore, a fissare il giorno della vendita o rigettino eccezioni di nullità di forma degli atti esecutivi o anche della notificazione del titolo esecutivo o del precetto (art. 655 cod. proc. civ.). L'appello da ogni altra sentenza, deve esser proposto nei quindici giorni (art. 656 al.). « Qualunque opposizione, « anche per nullità, contro gli atti anteriori alla vendita e « all'aggiudicazione, non è più ammissibile, dopo seguita al « vendita o l'aggiudicazione » (art. 649).

Impugnative di nullità possono, senza dubbio, esser proposte anche contro la vendita. Ma è dubbio, se ne segua in questo caso una dichiarazione di nullità od annullamento, anche in pregiudizio degli acquirenti all'incanto (al quale effetto, anch'essi dovrebbero esser citati a comparire) o una responsabilità per danni, del creditore procedente. La legge non risolve il punto. A nostro avviso, ai terzi acquirenti non possono ritenersi in ogni caso opponibili, se non delle nullità apparenti e delle quali essi dovessero avvedersi con

la ordinaria diligenza, che si impiega nelle contrattazioni.

Opposizioni, che diano luogo ad un giudizio distinto, non sono proponibili contro le operazioni di riparto, perchè in questo deve esser citato il debitore (sopra, nn. 344 e 380), e quindi egli deve proporle in via di eccezione pregiudiziale (di rito) in quella sede.

Possiamo rimetterci per tutto il resto alle disposizioni del codice.

383 La SURROGAZIONE di un creditore ad un altro, nelle funzioni di creditore procedente (sopra, n. 349), è incidente assai raro nella esecuzione mobiliare, perchè, quanto alla vendita, i pignoranti successivi possono chiederla direttamente, senza surrogazione (sopra, n. 378) e, d'altra parte, la surrogazione a sensi dell'art. 575, non può esser chiesta da creditori, che non abbiano preso parte all'esecuzione. Resterebbero bensì i creditori opponenti sul prezzo. Però, siccome non si può proporre opposizione sul prezzo, se non dopo nominato l'ufficiale incaricato (sopra, n. 378 cit.), ci può restare per costoro poco campo a surrogarsi, prima della vendita stessa.

Quanto al riparto, dopo la vendita, può esser chiesto da chiunque, senza bisogno di surrogazione.

La surrogazione, quando occorra, deve esser chiesta (secondo noi) al pretore al quale spetta di ordinare la vendita, con citazione del creditore procedente negligente e del debitore. Ne nasce, al solito, un incidente di cognizione. La relativa sentenza non è appellabile (art. 655 n. 2).

384 LE DOMANDE IN SEPARAZIONE di terzi, alle quali la legge dà pure il nome di «opposizioni» (art. 647), presentano ben maggiore interesse, e dan luogo, purtroppo, a ben altri guai.

La ipotesi normale, in cui può trovar luogo una domanda in separazione, è quella in cui l'ufficiale giudiziario, procedendo a pignoramento presso il debitore, in base agli indizii di quel possesso, che è assunto a sua volta ad indizio di proprietà, vi abbia incluso dei beni, che in realtà

non fanno parte del patrimonio del debitore, ma appartengono a terze persone (sia che il debitore ne fosse in possesso per locazione, deposito, comodato o altro titolo precario, sia che l'ufficiale giudiziario si sia ingannato circa gli indizii di fatto del possesso). È logico ed è giusto, che la legge consenta al terzo, di sottrarre alla esecuzione per debiti altrui, le cose «sue». A questo tendono ed a questo servono, senza dubbio, le domande «in separazione» (sottrarre cioè le cose all'assoggettamento alla esecuzione).

È dubbio invece, se qualunque diritto reale del terzo possa dar luogo ad azione in separazione e se vi siano anche dei diritti di carattere personale obbligatorio, ai quali questa azione possa servire di tutela. Ma, per i mobili, la questione si presenterà assai raramente e possiamo considerarla quasi trascurabile, tanto più che la legge esclude espressamente la tutela, in questa forma, dei diritti di privilegio (compreso dunque il pegno, annoverato agli effetti della esecuzione fra questi: sopra, n. 379), se pur sia ancora concepibile un pegno, su cose rinvenute presso il debitore. Avvertiamo soltanto, che ad azione in separazione dà luogo la vendita con riserva di dominio, perchè, secondo noi, esclude il passaggio della proprietà. Non crediamo invece vi dia luogo l'azione di risoluzione della vendita per inadempimento, perchè di regola non pregiudica i terzi (arg. dall'art. 1511 cod. civ.). Dubbio c'è, per il caso di vendita sotto condizione risolutiva (vera e propria); e qui inclineremmo ad ammetterla.

La domanda deve esser proposta inizialmente contro il creditore procedente, davanti al pretore che deve provvedere per la vendita, nelle forme dell'art. 647 alinea. «Il «pretore ordina la sospensione della vendita» (disposizione tassativa), «assoggettando o no» (e questo è facoltativo, secondo le circostanze) il terzo opponente «a dar cauzione» (art. 647 capov.) e fissa una udienza davanti a sè medesimo, per la prosecuzione del giudizio nelle forme ordinarie della cognizione, se egli stesso sia competente (sopra, n. 369), o, altrimenti, rimette le parti a udienza fissa davanti al tribunale.

Il provvedimento è notificato (a cura del terzo) al creditore procedente, al debitore e all'ufficiale incaricato della vendita (se già vi sia). Questa notificazione vale, per il debitore, come citazione a comparire all'udienza.

Si instaura così un procedimento a tre: terzo opponente, creditore, debitore.

Sostanzialmente, l'azione spiegata dal terzo sembra del tutto analoga ad una rivendica o, per lo meno, lo sembra nel caso, del resto normale, che la cosa sia stata colpita dal pignoramento mentre era, in realtà, in possesso del debitore. E, in questo caso, il terzo opponente avrà a proprio carico lo stesso onere di prova di un rivendicante. Soltanto quando la cosa sia stata colpita in base ad indizii di possesso infondati od inconcludenti, il terzo potrà limitarsi alla prova di un possesso proprio, anzichè esser costretto alla prova del fondamento della proprietà o del diritto reale. Ma sarà caso praticamente raro. Le profonde differenze da una normale rivendica, si rilevano, invece, per quel che riguarda la posizione del creditore procedente e del debitore, come soggetti passivi dell'azione in separazione. Qui non si può dimenticare, che col pignoramento il debitore ha perduto (nel senso veduto sopra, nn. 341 e 371) la facoltà di disporre dei beni pignorati, in pregiudizio degli atti esecutivi. In altri termini (e sotto altro aspetto) i beni del debitore devono ritenersi come già distratti (isolati) dal suo patrimonio, ai fini dell'esecuzione. Di qui segue, che egli non può più neppure stare in giudizio all'effetto di discutere e far decidere, se una cosa sia sua (e quindi legittimamente pignorata a suo carico) oppur no, con effetti che possano pregiudicare il creditore procedente (e gli altri creditori, concorrenti o che possano venire al concorso). Per gli effetti dell'assoggettamento alla esecuzione, legittimato a contraddire è soltanto il creditore procedente (ed eventualmente lo saranno, agli effetti di intervenire nel giudizio, gli altri creditori interessati). Conseguenze pratiche: può essere benissimo, per esempio, che il debitore non si difenda contro la pretesa del terzo; può essere benissimo, che egli venga in giudizio e riconosca fondata la pretesa del terzo; può

essere che venga in giudizio e confessi dei fatti, dai quali la pretesa del terzo risulterebbe fondata. Tutto questo non può avere effetti legali in pregiudizio del creditore procedente (e degli altri). Checchè dica il debitore, il terzo opponente deve provare nei modi ordinarii il fondamento della sua azione di fronte ai creditori, altrimenti soccombe, nel senso che dovrà esser ordinata la prosecuzione degli atti esecutivi. E anche nella determinazione della efficacia legale delle prove, il creditore procedente dovrà esser considerato come terzo, rispetto ai negozii giuridici, alle confessioni stragiudiziali ecc., che abbiano avuto luogo (o si dica, che hanno avuto luogo) fra il terzo e il debitore.

Soltanto quando gli atti esecutivi venissero a cadere per altre ragioni (pagamento, rinuncia ecc.), il terzo, una volta eliminato il creditore, potrebbe invocare per sè, contro il debitore (non più esecutato), le dichiarazioni o le confessioni che costui avesse fatte, per gli effetti di una vera e propria rivendica fra di loro. E, analogamente, il terzo potrà invocare quelle confessioni, dichiarazioni ecc., per farsi assegnare nel reparto il residuo, che eventualmente sopravanzi dopo soddisfatti i creditori.

Quando il terzo riesca a dimostrare il fondamento del proprio assunto, le cose dovranno esser liberate dall'assoggettamento alla esecuzione; cadrà cioè, rispetto ad esse, l'effetto del pignoramento e il terzo potrà ottenere, nello stesso tempo, la condanna del debitore alla consegna, se questo non abbia diritto di ritenerle ad altro titolo (es. locazione). Il terzo potrà ottenere finalmente anche la condanna del creditore procedente ai danni (oltre che, ben si intende, alle spese), se possa farsi risalire a lui o all'ufficiale giudiziario, del cui ministero si sia servito, una qualsiasi colpa, nel fatto di aver colpite cose del terzo.

Quanto al procedimento, esso si svolgerà come un procedimento ordinario, con pluralità di parti. Le relative sentenze saranno appellabili nel termine ordinario. Però, se sia soccombente il terzo e intenda appellare, tenendo sospesa la vendita, deve notificare al creditore l'appello (o quanto meno una dichiarazione preventiva di voler appellare), prima del giorno fissato per la vendita (artt. 657 e 658).

A questo sistema della legge, teoricamente non vi è nulla da obbiettare. Purtroppo, in pratica, la domanda in separazione è divenuta fonte dei più gravi ed intollerabili abusi. I debitori di mala fede preordinano metodicamente qualche atto di alienazione simulato a qualche compiacente compare, debitamente munito di data certa a sensi dell'art. 1327 cod. civ., per far intervenire al momento opportuno il terzo compiacente ad agire in separazione, o trovano sempre il congiunto o l'amico, armato di prove più o meno fittizie, per dimostrare, che i mobili sono sempre stati suoi, ponendo i creditori nella difficile condizione di dover dimostrare a loro volta la simulazione e la frode. Per verità, dovrebbero bastare, a questo ultimo scopo, anche dei semplici elementi congetturali. Ma la giurisprudenza ha sempre dimostrata una eccessiva tenerezza di cuore per i cattivi pagatori. E così si sa, che tutte le esecuzioni mobiliari si arenano. Solo in materia fiscale, il legislatore ha cercato un rimedio in qualche presunzione legale, non estensibile però ai procedimenti ordinarii. Ma è auspicabile, che intervengano riforme più generali, col ferro e col fuoco, anche a rischio di sacrificare, nei primi tempi, qualcuno che sia, per avventura, un vero proprietario.

L'azione (opposizione) del terzo in separazione, naturalmente, non è possibile, quando il creditore procedente trovi per legge le sue garanzie con privilegio, anche sui mobili altrui (es. privilegio del locatore, di cui all'art. 1958 n. 3 cod. civ.). S'intende però, che, in questo caso, il terzo può intervenire in sede di riparto, per escludere la collocazione di altri creditori.

In ogni caso poi, non è più proponibile l'azione (opposizione) del terzo, dopo che sia avvenuta la vendita, all'effetto di far separare, in natura, le cose sue o i diritti che gli spettassero. Funziona infatti, come sappiamo, a favore dell'acquirente il principio: possesso delle cose mobili, con quel che segue (sopra, n. 342). La domanda in separazione si converte « di diritto » in opposizione sul prezzo (art. 648)

e potrà esser esercitata, anche con un intervento del terzo in sede di riparto. La legge (art. 648 cit.) parla in questo caso di « privilegio » del terzo, ma sembra espressione inesatta. Evidentemente, il terzo viene a sostenere in questa sede, che col prezzo di cose sue o di diritti suoi non possono esser soddisfatti dei creditori altrui (cioè del debitore esecutato), e quindi il prezzo delle cose sue deve essere a sua volta « separato » e prelevato a suo favore, dalle somme che possono essere oggetto di riparto, salvo il suo eventuale diritto a risarcimento dei danni (se del caso) verso il creditore procedente.

§ 13. — *Il pignoramento presso terzi e la propalazione*

IL PIGNORAMENTO presso terzi trova luogo, innanzitutto,
385 quando dei beni del debitore si trovano in possesso di terzi (nel senso veduto sopra, per contrapposto, al n. 370). La legge evidentemente non poteva infliggere al terzo, estraneo al rapporto di debito, la molestia e il disdoro di una visita domiciliare dell'ufficiale giudiziario coi suoi testimonii, senza contare, che la ricerca sarebbe risultata difficile, e forse vana. Trova luogo, d'altra parte, questa stessa forma nel pignoramento di crediti del debitore esecutato verso terzi, perchè in questo caso si tratta di ottenere, che la prestazione, che dovrebbe fare il terzo al debitore esecutato, venga ad esser posta « a disposizione di giustizia », per i fini dell'esecuzione; e quindi bisogna operare a questo scopo presso di lui (terzo).

La legge (art. 611 cod. proc. civ.) dice, che: « il pignoramento si fa » per atto notificato al terzo e al debitore, nelle forme della citazione. L'atto deve contenere innanzitutto: una intimazione (« divieto ») al terzo « di disporre senza ordine di giustizia delle cose pignorate », cioè delle cose del debitore esecutato, che si trovino presso di lui, o (nel senso che vedremo fra un momento) della prestazione da lui (terzo) dovuta al debitore esecutato; la indicazione, « almeno sommaria », delle cose, che si trovano a

sue mani o del debito (« somme dovute »); la giustificazione di questa intimazione, che deve risultare a sua volta dalla enunciazione del credito e del titolo esecutivo « in forza del quale si procede », coi suoi estremi sostanziali e formali (« spedizione in forma esecutiva », quanto questa ci sia), nonchè del precetto fatto precedentemente dal creditore procedente al suo debitore (esecutato). L'atto stesso deve contenere, in secondo luogo, la citazione del terzo, a comparire davanti al pretore del mandamento del suo domicilio o della sua residenza, « acciocchè esso dichiari i mobili che « presso di lui si trovano o le somme da lui dovute al de- « bitore » (esecutato), nonchè la citazione del debitore affinchè, « se voglia, sia presente alla dichiarazione e agli atti « ulteriori ».

Questa citazione dà luogo ad una successiva formalità procedurale, ed eventualmente ad un incidente di cognizione nella esecuzione, che la pratica chiama « propalazione » o « giudizio di propalazione ». La ragione di questa formalità è evidente. Qui si tratta innanzitutto di identificare l'oggetto materiale della procedura esecutiva (« cose » del debitore o credito del debitore esecutato verso il terzo, suo debitore). L'atto di intimazione del creditore procedente non contiene in sostanza che una sua affermazione, che può anche essere arbitraria od erronea; bisogna verificare che fondamento abbia; e questo non può farsi evidentemente se non in confronto del terzo e (almeno virtualmente) anche del debitore esecutato. Onde la identificazione definitiva non si potrà avere, se non da questo procedimento in confronto del terzo.

Intanto, però, la legge dispone, che il terzo, se sia effettivamente possessore di cose del debitore esecutato o suo debitore, dal giorno della notifica dell'atto di intimazione e citazione, « è soggetto a tutti gli obblighi imposti ai de- « positarii giudiziali » (art. 612). Questo vuol dire, che da quel giorno il debitore esecutato perde la facoltà di disporre delle cose o dei crediti verso il terzo, e che il terzo, a sua volta, non può più prestarsi o concorrere, da parte sua, ad atti di disposizione: non può più nè riconsegnare le cose

al debitore esecutato, nè consegnarle ad altri, non può pagare a lui il debito, non può transigere con lui, comporre, compromettere ecc. E, se compia atti di questo genere, vi concorra o vi si presti, risponde personalmente (col suo patrimonio) di tutte le conseguenze, che ne possono derivare in pregiudizio del creditore procedente e degli altri, e può esser soggetto alle conseguenze penali degli artt. 334 e 335. Quanto alle cose, il terzo ha inoltre un obbligo di custodia (ai fini di giustizia), distinto da quello, che potesse avere contrattualmente verso il debitore esecutato; deve curare cioè che non siano sottratte, alterate, esposte a deperimento ecc.

La dichiarazione (propalazione) del terzo, a sensi del-
886 l'art. 615, sembra debba esser fatta in cancelleria, prima della udienza di comparizione fissata in citazione, e con le formalità ivi indicate. Nulla vieta però, a nostro avviso (anche per una certa antinomia, che si nota fra l'art.615 e l'art. 614), che essa sia fatta alla udienza medesima, oppure per comparsa, purchè sottoscritta personalmente dalla parte o da un procuratore, munito di mandato speciale a questo effetto. La dichiarazione ha carattere di confessione giudiziale (considerandosi, a questo effetto, anche l'esser possessore di cose in nome del debitore o l'esser debitore di lui, come un fatto, rispetto al creditore procedente).

La dichiarazione del terzo, secondo l'art. 613, trattandosi di mobili, deve contenere «una indicazione specifica «dei medesimi, esprimere la causa per cui si trovano presso «di lui, e, trattandosi di somme dovute, la causa e l'im«portare del debito, i pagamenti fatti a conto, il tempo «della esigibilità, l'atto e la causa della liberazione se il «credito si pretenda estinto, e, a riguardo dei censi e ren«dite, sia perpetue sia temporarie, il loro importare, col«l'enunciazione del capitale, se risulti dall'atto costitutivo «di essi, e la situazione dei beni immobili che ne siano gra«vati. In ogni caso il terzo deve enunciare qualunque pigno«ramento, sequestro, od opposizione precedentemente fatti «presso di lui, indicando il nome e cognome, l'elezione o

«la dichiarazione di domicilio o di residenza degli altri «pignoranti, sequestranti od opponenti, e i loro titoli ese«cutivi».

Gioverà notare che l'art. 613 capov. parla di «opposizioni», come di un fenomeno distinto da pignoramenti e sequestri. Ma in realtà la nostra legge non conosce delle altre «opposizioni», che abbiano una rilevanza, o abbiano delle conseguenze giuridiche sulla libertà di disporre. Deve trattarsi di una menzione, infiltratasi nel testo per reminiscenze di origine storica. Viceversa, poi, il testo non menziona espressamente le cessioni, che siano state notificate al terzo debitore o da lui «accettate» (a sensi dell'art. 1539 cod. civ.); riteniamo però che anche di queste, per ragioni di principio, egli debba fare dichiarazione (v. sotto).

Conseguenza della dichiarazione: il terzo, riconoscendo di essere in possesso o di esser debitore, si pone per parte sua in condizione di dover esibire o consegnare le cose, affinchè siano vendute giudizialmente nell'interesse del creditore procedente e dei creditori concorrenti, o, rispettivamente, di dover fare, nell'interesse loro, la prestazione che riconosce dovuta. In difetto, ne risponde in proprio verso di loro (anche se in realtà non possedesse o non fosse debitore); la sua dichiarazione confessoria «fa stato», come si dice, contro di lui. Però, se riconosca solo in parte e non in tutto o se aggiunga delle circostanze a proprio favore (es. la sussistenza di un pegno a suo favore, di condizioni del debito, di pagamenti ecc.), si applica a suo favore la regola della inscindibilità (v. sopra, n. 243). In questo caso, il creditore procedente (e qualunque altro creditore interveniente agli effetti del concorso), può contestare, come ora vedremo, tutto quanto ritenga non conforme a verità, e che torni a suo pregiudizio, come avviene nel caso seguente.

Se il terzo nega, la sua dichiarazione non fa certamente «stato» a suo favore, ma neanche contro di lui. Il creditore procedente si trova a non aver ricavato alcun risultato utile dalla dichiarazione.

Il creditore può acquetarsi alla dichiarazione, in tutto

o in parte, negativa fatta dal terzo, e subire le limitazioni che ne derivano circa l'oggetto materiale della esecuzione, o abbandonare addirittura gli atti esecutivi, pagando le spese.

Se non intende acquetarsi, ne sorge un incidente di cognizione, nel quale il creditore procedente può dimostrare (con l'onere della prova a proprio carico), che effettivamente il terzo è possessore o debitore. Anzi, nel caso di modificazioni od aggiunte alla dichiarazione, si troverà nella situazione in cui si trova la parte, alla quale è stata resa una confessione complessa o qualificata e, cioè, avrà la scelta fra il non giovarsi della dichiarazione (come se fosse negativa) e provare da capo il suo assunto (salvo al terzo, dar la prova del fondamento delle sue eccezioni) oppure giovarsi della dichiarazione, dando la prova contraria in ordine alle aggiunte fatte dal dichiarante (cfr. sopra, n. 243 cit.).

La questione dovrà esser decisa nelle forme ordinarie dall'autorità giudiziaria, « che sarebbe stata competente, se « il dichiarante fosse stato citato direttamente dal proprio « creditore. Nel caso in cui la legge accordi al creditore la « scelta fra diverse autorità giudiziarie competenti, la scelta « spetta al creditore istante » (art. 616). Per fortuna, siccome la citazione al terzo va fatta davanti all'autorità giudiziaria del luogo del suo domicilio o della sua residenza, normalmente sarà competente il pretore adito, o il tribunale del luogo, a seconda della competenza per valore.

In questo incidente di cognizione, è formalmente parte necessaria, secondo noi, anche il debitore esecutato, sebbene in origine citato semplicemente ad assistere « se vuole » (sopra, n. 385). Però è da notare che qui, come nel giudizio sulle domande in separazione (sopra, n. 384), le dichiarazioni di lui (debitore esecutato) non possono avere effetto in pregiudizio del creditore procedente e dei creditori concorrenti, per la solita considerazione, che, per effetto del pignoramento (che qui risale all'atto di intimazione), il debitore esecutato ha perduto la facoltà di disporre, e quindi anche quella di spiegare attività processuali in loro pregiudizio. Qui come là (nel giudizio sulla separazione), il creditore procedente deve considerarsi terzo anche rispetto al

terzo pignorato (e viceversa), per quel che riguarda la ammissibilità e la efficacia delle prove.

La contestazione sarà decisa sempre nei modi ordinarii; e la sentenza di primo grado sarà appellabile nel termine ordinario (art. 616).

Se il terzo risulti possessore o debitore, mentre lo aveva negato, risponderà dei danni (oltre che delle spese), e non sarà male aggiungere che, siccome egli era già istituito sequestratario, la sua negazione, se sia di mala fede (e se vi si accompagni la scomparsa delle cose o delle somme pignorate), secondo noi, potrebbe esporlo anche alle conseguenze del codice penale (ma chi persuaderà i giudici ad applicare il codice penale ai debitori e ai loro compari?).

387 Il rifiuto del terzo, di rendere la dichiarazione, o la sua mancata comparizione (che può implicare un tacito rifiuto) danno luogo, a loro volta, ad altre conseguenze di notevole importanza. Il terzo può essere ritenuto detentore dei mobili o debitore delle somme indicate nell'atto di intimazione, e condannato a farne la consegna o il pagamento (art. 614 capov.). Si ha, cioè, un fenomeno in qualche modo affine a quello, che si ha in caso di mancata comparizione o di rifiuto di rispondere all'interrogatorio (sopra, n. 246). Soltanto, che qui si ha una facoltà del giudice e non una conseguenza legale automatica.

Appunto per questo (a quanto si può supporre), la legge vuole che il pretore, se sia incompetente per valore, rimetta le parti davanti al tribunale, perchè in questo caso sia il tribunale a trarne le conseguenze.

Disgraziatamente, la legge aggiunge anche: « la dichia- « razione può ancora essere fatta nel giudizio di appello » (il che sembra voler dire altresì, che il terzo può appellare a questo scopo), con questa blanda sanzione: « che il dichia- « rante deve sopportare le maggiori spese, alle quali abbia « dato luogo » (art. 614 capov.). Non dice poi la legge, che cosa succeda, quando sorgano contestazioni sulla dichiarazione fatta in appello. Ma logicamente si dovrebbe ritenere, che il giudice di appello debba rimettere le parti al giu-

dice competente per valore e per territorio in primo grado, a sensi dell'art. 616.

388 PIGNORAMENTI ANTERIORI, sequestri o notificazioni di cessioni, quando risultino dalla dichiarazione del terzo, hanno le conseguenze che devono avere secondo i principii. La legge, all'art. 613 capov., si limita a dire, che: il creditore procedente «deve far notificare il suo atto di pignoramento ai precedenti pignoranti, sequestranti od opponenti». È un po' poco. Lasciamo da parte gli opponenti, menzionati, secondo noi, per equivoco. Se sia vero che ci sono dei precedenti pignoranti, il creditore che arriva tardi, dovrebbe astenersi da atti ulteriori, come chi arrivi a pignorare presso il debitore delle cose già pignorate da altri (sopra, n. 378, in fine). In questo caso, la notificazione al precedente pignorante ha gli effetti di una opposizione sul prezzo (n. 378 cit.) o di opposizione alla assegnazione (di cui parleremo, v. il n. 390). Però, se vi sia in corso l'incidente di cognizione sulla dichiarazione resa dal terzo al primo pignorante, riteniamo che i pignoranti successivi possano intervenirvi e, probabilmente, se vi sono sentenze già pronunciate, possano proporre l'opposizione di terzo. Quando poi il primo pignorante chieda l'assegnazione, deve citare i pignoranti successivi, come opponenti all'assegnazione (se non siano già volontariamente intervenuti, per i provvedimenti di cui all'art. 620; v. sotto, n. 391).

Se ci siano dei precedenti sequestranti, questo non impedisce il corso degli atti esecutivi. Il creditore procedente, fatta la notificazione di cui all'art. 613 u. c., può proseguire negli atti; e non ha neanche bisogno di citare i sequestranti. Costoro, una volta che siano stati notificati, potranno intervenire volontariamente, se credono, a tutela delle loro ragioni.

Se ci siano state delle precedenti cessioni notificate, questo vuol dire che il credito pignorato — almeno in apparenza — non appartiene più al debitore esecutato. Qui bisognerà che il creditore procedente o abbandoni, oppure, se vuol proseguire negli atti, citi nelle forme ordinarie

anche il cessionario, per dimostrare (se crede di poterlo fare) nei suoi confronti, che la cessione è simulata oppure fraudolenta e revocabile. E non potrà proseguire nella esecuzione, se non in quanto abbia avuto, prima di tutto, successo favorevole in questo suo assunto.

Se il dichiarante ometta di enunciare pignoramenti, sequestri o cessioni notificate, risponde in proprio delle spese e dei danni, che ne possono conseguire, verso chiunque (primo pignorante o pignoranti successivi, sequestranti o cessionarii). Può anche essere, che per questa omissione si trovi esser costretto a pagare una seconda volta, se non rettifichi od integri in tempo, cosicchè venga riconosciuto a più persone (cessionarii e pignoranti) il diritto e il titolo a riscuotere le stesse somme o a veder consegnate le stesse cose.

389 LE SPESE della dichiarazione e della comparizione del terzo, sono prelevate dalle somme da lui dovute, o dal prezzo degli oggetti da lui ritenuti, salvo quanto è stabilito nell'ultimo capoverso dell'art. 614.

Se il pignoramento sia rimasto senza effetto, per non essersi trovati presso il terzo oggetti da pignorare, o le somme dovute o ricavate non siano sufficienti, le spese debbono essergli in tutto o in parte rimborsate dal creditore istante.

Naturalmente, tutto questo vale per la ipotesi, che la dichiarazione del terzo risulti veridica. Altrimenti si torna alle regole ordinarie della soccombenza, e la loro applicazione assorbe, secondo noi, anche quanto concerne la dichiarazione e la comparizione.

§ 14. — *Seguito degli atti, in caso di pignoramento presso terzi.*

390 IL SEGUITO degli atti esecutivi, dopo accertato che il terzo sia detentore di cose o debitore del debitore esecutato (sia in base alla sua dichiarazione, sia in base alla risoluzione delle contestazioni o al suo silenzio), può assumere andamento diverso, secondo i casi.

Se egli risulti detentore di cose, dispone l'art. 618 che: « quando il terzo ritenga oggetti mobili, e il creditore non « si valga della facoltà accordatagli nell'art. 643, ne è or- « dinata la vendita in conformità del capo VI, salvi i diritti « che appartengono al terzo sugli oggetti stessi ». Il terzo dovrà presentare in questo caso le cose in suo possesso all'ufficiale incaricato della vendita, e renderne conto, come se ne fosse il custode (sopra, nn. 371 e 375).

Le possibili « opposizioni sul prezzo », se non risultino da successivi pignoramenti presso il terzo, potranno esser fatte nei modi ordinarii (sopra, n. 378) e nei modi ordinarii seguirà poi il riparto e la spedizione dei mandati (sopra, n. 378 e segg.).

Quando il terzo sia debitore di somme esigibili immediatamente o in termine non maggiore di giorni cento ottanta, queste somme, non essendovi contestazioni o concorso di altri creditori, sono dal pretore, nella stessa udienza in cui è fatta la dichiarazione, « assegnate in pagamento, salvo esazione, al creditore istante, sino alla concorrenza del suo credito » (art. 619).

« Quando il debito sia di somme esigibili in termine « maggiore di quello indicato nell'articolo precedente, o si « tratti di censi o di rendite perpetue mobiliari, e il credi- « tore non preferisca di farsi assegnare il credito in paga- « mento, ovvero il debito consista in rendite temporarie, o « vi siano più creditori, che d'accordo non prescelgano di « farsele aggiudicare in proporzione dei loro crediti, si pro- « cede alla vendita di queste ragioni di credito, com'è sta- « bilito nel capo VI » (art. 620).

La espressione dell'art. 619: « nella stessa udienza », non va presa alla lettera, nel senso che debba avvenire per necessità in quella udienza. Può avvenire immediatamente; può avvenire anche dopo e, per esempio, a seguito della risoluzione delle contestazioni insorte. Anche quando vi siano state, infatti, contestazioni, devolute per la loro decisione ad altri giudici, si deve tornare per l'assegnazione davanti al pretore, perchè solo in questa sede può constatarsi, se vi sia concorso di altri creditori e provvedere sul riparto.

La ipotesi, che « vi siano più creditori » (concorrenti), preveduta nell'art. 620, si verifica certamente quando vi siano stati più pignoranti, nel qual caso il procedente deve citare anche gli altri, prima di chiedere la assegnazione (sopra, n. 388). Resta a vedere, se, anche in questa forma di procedura, gli altri creditori del debitore esecutato possano fare « opposizione sul prezzo », nelle forme ammesse in caso di pignoramento presso il debitore. Riteniamo, che si debba rispondere in senso affermativo. Questo significa, che, anche in questo caso, il creditore procedente dovrà citarli davanti al pretore per il riparto, prima di chiedere l'assegnazione diretta. Se si formi un accordo sul riparto e sull'assegnazione, si applicherà senz'altro il disposto dello art. 620. Se sorgano contestazioni sul riparto, dovranno esser risolte nei modi ordinarii (sopra, nn. 344 e 380); e poi le parti potranno ancora accordarsi davanti al pretore per l'assegnazione di cui all'art. 620. Se, nè prima nè poi, vi sia accordo sull'assegnazione, e si debba procedere alla vendita, il riparto e la spedizione dei mandati avverrà dopo la vendita, sempre nei modi ordinarii. La legge ha in questo una sufficiente elasticità, per lasciar luogo a tutte queste varie soluzioni.

391 La ASSEGNAZIONE dei crediti (salvo esazione), è un provvedimento sul tipo di quelli, che attuano d'autorità una specie di dazione in pagamento (sopra, n. 346). Per quanto riguarda gli effetti, deve pertanto trar norma, per analogia (e in quanto possibile), dalle norme del codice civile sulla cessione dei crediti, che abbia luogo (come può aver luogo, mediante un negozio giuridico) a quello scopo. La assegnazione, essendo fatta, però, « salva esazione », dobbiamo ritenere che non implichi alcuna garanzia, nè responsabilità per evizione, e ciò tanto meno, poi, se l'assegnazione avvenga, come d'ordinario, a favore dello stesso creditore procedente. La clausola legale: « salvo esazione », implica naturalmente, che il credito degli assegnatarii verso il debitore esecutato rimarrà estinto, soltanto se ed in quanto riescano a riscuotere il credito verso il terzo, che sia stato loro assegnato.

Si intende, che, se riscuotano solo parzialmente, le somme riscosse andranno, al solito, a « coprire » il loro credito privilegiato per le spese del procedimento esecutivo e della riscossione dal terzo, e, per il resto, andranno imputate secondo le regole generali sulla imputazione dei pagamenti. Per il residuo, di cui rimangano « scoperti », essi potranno procedere a nuovi atti esecutivi, in base al loro titolo esecutivo e, se rimangano « scoperti » anche delle spese degli atti esecutivi, riteniamo si possano servire della sentenza di assegnazione (che dovrebbe contenere la relativa liquidazione), per estendere la nuova esecuzione anche a questi effetti.

Però è nella natura stessa della assegnazione (come, del resto, della cessione negoziale in pagamento, « salvo esazione »), che l'assegnatario debba usare la diligenza del buon padre di famiglia nel curare la riscossione. Se egli rimanga insoddisfatto (dal terzo debitore), per non aver usato tale diligenza (e così, ad esempio, per non avere agito, o per aver agito troppo tardi, contro il terzo), ciò non può ricadere a danno del debitore esecutato, nè degli altri suoi creditori. E spetterà, secondo noi, allo stesso assegnatario, rimasto « scoperto », e che intenda procedere a nuovi atti, rendere il conto e dare la prova della propria diligenza, se questa sia contestata, sia dal debitore, che da altri creditori concorrenti, che siano rimasti assenti od, a loro volta, « scoperti » od incapienti nella prima esecuzione.

In questo senso si può dire, che l'assegnatario, esercitando contro il terzo le ragioni creditorie, che gli derivano dall'assegnazione, esercita un diritto proprio, ma anche nell'interesse altrui, con tutte le relative responsabilità sotto questo rispetto.

CAPITOLO QUARTO

SVILUPPI ED EPISODII DEL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE SUGLI IMMOBILI CONTRO IL DEBITORE

SOMMARIO: § 15. Il pignoramento immobiliare (trascrizione del precetto). — § 16. Organi competenti per il seguito del procedimento. L'ordine di vendita e la vendita. — § 17. Il « giudizio di graduazione » e la soddisfazione dei creditori. La rivendita. — § 18. Opposizioni del creditore, surrogazione, domande in separazione ed altri incidenti di cognizione nell'esecuzione.

§ 15. — *Il pignoramento immobiliare (trascrizione del precetto).*

IL PIGNORAMENTO o sequestro esecutivo immobiliare (che
392 nella legge, per verità, non porta questo nome, ma non ne porta neanche un altro, che possa essere utilmente adottato) non avviene, come per i beni mobili, con un atto giudiziale, bensì, come abbiamo altre volte accennato, con una formalità, che viene compiuta dallo stesso creditore procedente, ed è la trascrizione del precetto presso l'ufficio delle ipoteche, anzi in tutti gli ufficii delle ipoteche, nella cui circoscrizione amministrativa si trovino i beni o parte dei beni assoggettati all'esecuzione (art. 659 u. c. cod. proc. civ. e 2085 cod. civ.). A questo effetto, il precetto deve contenere, come sappiamo, oltre alla identificazione del diritto espropriato, la identificazione degli immobili (v. sopra, n. 361).

La richiesta di trascrizione e le forme in cui questa deve avvenire, sono determinate dalle regole ordinarie di questo istituto, contenute nel codice civile (artt. 1933 n. 1, 1936 e segg). Bisognerà, a questo effetto, esibire l'originale del precetto notificato. Ma il conservatore non ha alcun potere di sindacare la sussistenza degli estremi, anche di ordine processuale, prescritti per procedere alla esecuzione (arg. dall'art. 2069 cod. civ.). Il che vuol dire, che la trascrizione avviene sotto la piena ed esclusiva responsabilità di chi la richiede, sia per gli eventuali danni, che per ogni altra conseguenza che ne possa derivare, se sia stata illegittimamente chiesta ed ottenuta.

Gli effetti della trascrizione (pignoramento, sequestro esecutivo) sono descritti, bene o male, nell'art. 2085 del cod. civ., che abbiamo già ricordato anche più sopra, per quella parte, che indubbiamente ha significato più generale (v. sopra, n. 341). «Dalla data della trascrizione, i frutti dei «beni indicati nel precetto, sono distribuiti unitamente al «prezzo degli stessi beni; il debitore non può alienare i «beni medesimi nè i frutti, e ne rimane in possesso come «sequestratario giudiziale, eccettochè sull'istanza di uno o «più creditori il tribunale reputasse opportuno di nominare «un altro sequestratario».

Sul significato della perdita della facoltà di disporre, non abbiamo che a richiamarci a quanto abbiamo detto (sopra, n. 341 già citato), ma dovremo accennare in questa sede, secondo la riserva fatta fino da allora, ad alcune questioni particolari, che sorgono soltanto a proposito degli immobili.

Riteniamo, intanto, che la disposizione dell'art. 2085 non impedisca la trascrizione di atti di alienazione, conclusi prima della trascrizione del precetto e già muniti delle forme richieste per la trascrizione medesima (v. sopra, n. 242). Ciò, perchè, agli effetti del codice civile, il precetto non è atto di acquisto, e quindi non si applica il principio della preferenza a chi abbia trascritto per primo. E d'altra parte, non si può dire, che il debitore abbia compiuti atti di alienazione dopo la trascrizione del precetto, perchè

la alienazione in realtà era già avvenuta. In questo caso, se si tratti della alienazione di quello stesso diritto (proprietà, nuda proprietà, usufrutto, enfiteusi, superficie, condominio, cousufrutto ecc.: v. sopra il n. 335), che viene assoggettato alla esecuzione, le conseguenze potranno esser diverse, secondo che il creditore procedente sia un creditore ipotecario o un semplice chirografario. Se sia ipotecario, potrà proseguire nella esecuzione, ma solo nelle forme della spropriazione contro un terzo possessore (v. sopra, parte generale, n. 106). Se sia un semplice chirografario, dovrà abbandonare l'esecuzione (e non crediamo neanche che, in questa ipotesi, sia possibile la surrogazione di un ipotecario nella funzione di creditore procedente, che egli deve abbandonare). Se il chirografario non abbandoni, il terzo, acquirente con titolo anteriore, potrà agire in separazione o, in difetto, rivendicare poi dall'aggiudicatario (acquirente all'incanto giudiziale), dando luogo a suo carico ad un fenomeno di evizione (v. sopra, n. 342). Se, invece, l'alienazione anteriore era una alienazione parziale oppure una alienazione costitutiva di diritti su diritti (es. costituzione di servitù, costituzione di usufrutto, di superficie ecc., mentre la esecuzione viene promossa per la piena proprietà), l'esecuzione non andrà a vuoto in nessun caso, ma dovrà subire, per i chirografarii, le limitazioni derivanti dall'alienazione. Come si concilii poi, in questo caso, la posizione degli ipotecarii (ai quali non è opponibile l'alienazione parziale o costitutiva) con quella dei chirografarii (ai quali è opponibile), è problema che ci sarà consentito di dire, che supera i limiti della nostra trattazione.

Per analoghe considerazioni, la trascrizione del precetto non impedisce neppure la iscrizione di ipoteche, il cui titolo costitutivo sia sorto con tutte le formalità prescritte, anteriormente al precetto. La esecuzione proseguirà, ma gli ipotecarii con iscrizione posteriore potranno collocarsi in graduatoria, secondo il rango della loro prelazione.

La possibilità di trascrivere o di iscrivere efficacemente cessa, secondo noi, soltanto con la annotazione sui registri ipotecarii della sentenza, che autorizza la vendita e di

cui parleremo. Ciò si argomenta anche dall'art. 688, sebbene questo parli soltanto di iscrizioni. A questa annotazione sembra infatti debbano risalire gli effetti della vendita (v., più oltre, n. 399).

Inefficaci, invece, in pregiudizio della esecuzione iniziata, sono le alienazioni concluse posteriormente alla trascrizione del precetto (sopra, n. 342).

Resta la questione per le costituzioni di ipoteche posteriori (che vengano cioè non solo iscritte, ma costituite posteriormente). La opinione prevalente ne esclude la efficacia, e cioè la opponibilità ai chirografarii; e sembra attendibile, sebbene in astratto, ed in senso proprio, la costituzione di ipoteca non sia una alienazione. Qui si fa in sostanza una interpretazione estensiva dell'art. 2085; e questa vale senza dubbio anche per le ipoteche cosidette legali (che dipendono pur sempre da qualche fatto volontario del debitore). Qualche dubbio potrebbe rimanere per le ipoteche giudiziali, che possono sorgere, infatti, indipendentemente dalla volontà del debitore, e la cui costituzione non si può, quindi, assimilare ad un atto di alienazione (v. sopra, parte generale, n. 52, in fine). Riteniamo, che anche per queste si debba escludere l'opponibilità ai chirografarii, ma non in base all'art. 2085, che non serve a risolvere il problema, bensì in base alle considerazioni alle quali è ispirato questo istituto, in sè stesso imperfettissimo, della ipoteca giudiziale (che, secondo noi, ha scopo conservativo delle garanzie, più che non quello di assicurare un diritto preferenziale di prelazione).

Quanto ai frutti, la disposizione dell'art. 2085 si riferisce ai frutti non ancora separati (perchè con la separazione diventano mobili, su cui è possibile solo l'esecuzione mobiliare) e che non siano stati pignorati a norma dell'art. 606 cod. proc. civ. (sopra, nn. 335 e 370, in fine). Si riferisce inoltre a quelli che l'immobile possa produrre in seguito, fino alla vendita.

A questo proposito, e per tutto quanto concerne la manutenzione dell'immobile e il suo sfruttamento economico, mediante locazioni totali o parziali o mediante la sua coltivazione o gestione, se si tratta di fondo rustico o di opificio, il significato dell'art. 2085 va determinato soprattutto in relazione alla posizione giuridica, che viene ad assumere il proprietario-possessore. Secondo noi, essa presenta, in massima, gli stessi caratteri di quella del debitore, nominato custode dei beni mobili pignorati (v. sopra, n. 371), con avvertenza che, trattandosi di immobili, il compito sarà di solito più spiccatamente di gestione, che non di mera conservazione. Questo implica, che non è letteralmente esatto, che il debitore, costituito sequestratario, non possa separare e alienare i frutti naturali o percepire i frutti civili (canoni). In realtà potrà e dovrà alienarli o percepirli, come farebbe un buon amministratore; soltanto deve rendere il conto della sua gestione e, con questa, anche il conto dei frutti. Il conto deve esser reso a tutti gli interessati, cioè al creditore procedente e ai creditori concorrenti, e deve esser reso, a nostro avviso, giudizialmente davanti al tribunale (se non vi sia l'accordo di tutti i creditori), non appena seguita la vendita, e per gli effetti del giudizio di graduazione, nel quale dovrà (o dovrebbe) esser distribuita anche la eccedenza attiva, risultante dal conto.

Se, poi, all'atto della vendita giudiziale dell'immobile, ci siano dei frutti naturali, separati e non venduti, il debitore costituito sequestratario dovrà (o dovrebbe) porli a disposizione, per esser venduti come mobili, a sensi dello art. 688 cod. proc. civ., dopodichè anche il relativo prezzo dovrà (o dovrebbe) esser distribuito in graduatoria.

Questa è per lo meno la teoria, secondo la legge. In pratica, i debitori esecutati si pappano tranquillamente rendite e frutti, si infischiano della responsabilità patrimoniale che ne sorge a loro carico, anche perchè di solito non hanno altro da perdere, e sanno benissimo che i giudici, per quella tale debolezza di cuore, da cui sono affetti verso i debitori, non troveranno mai il coraggio di interpretare e applicare a carico loro le disposizioni del codice penale. E questa è una delle tante ragioni, per cui le procedure di esecuzione immobiliare non finiscono mai.

C'è senza dubbio anche nella legge un difetto, che inco-

raggia questa tendenza, ed è che la trascrizione del precetto può avvenire ad insaputa del debitore, e non è prescritta alcuna notificazione, cosicchè egli diventa sequestratario, non solo senza provvedimento di nomina, ma senza essere ufficialmente informato della cosa. La pratica potrebbe tuttavia rimediare, perchè questa notificazione, che non è prescritta, evidentemente non è nemmeno vietata.

Ad evitare gli inconvenienti ora accennati, ci sarebbe nella legge un altro rimedio, perchè l'art. 2085 cod. civ. ammette il creditore procedente e gli altri creditori interessati a chiedere la nomina di altro sequestratario. Ma bisogna citare il debitore nelle forme della cognizione, ci vuole una sentenza, il tribunale procederà alla nomina « se lo creda opportuno »; per immettere in possesso il sequestratario, occorrerà una separata procedura esecutiva per rilascio; e quando si arrivi alla resa dei conti, bisognerà corrispondergli una retribuzione. Tutta questa macchinosità rende di scarso uso pratico il rimedio.

Tanto il debitore, quanto il terzo sequestratario nominato dal tribunale, possono affittare i beni assoggettati ad esecuzione, ma occorre l'autorizzazione del tribunale (in contraddittorio degli altri interessati) e solo « per quel tempo e a quelle condizioni, che saranno da esso tribunale stabilite ». Poco pratico anche questo, nel maggior numero dei casi.

La perenzione del pignoramento (sequestro esecutivo)
393 immobiliare, logicamente dovrebbe esser posta dalla legge in parallelo con la perenzione di quello mobiliare (v. sopra, nn. 353 e 373). Senonchè, il codice civile nell'art. 2085 u. c. usa questa espressione: « se la istanza di spropriazione sia « abbandonata per lo spazio di un anno, cessano gli effetti « accennati nel primo capoverso di questo articolo ». Questa dizione (« l'istanza . . . ») ha condotto a ritenere, che questo termine di perenzione decorra per la inerzia del creditore soltanto dopo la citazione per la autorizzazione alla vendita (art. 662 cod. proc. civ. e v. sotto, nn. 395 e 396), e allora non troviamo più un termine di perenzione proprio del

pignoramento, a decorrere dalla sua attuazione (trascrizione del precetto). Per questa via si arriva a ritenere, che fino alla citazione ci possa essere soltanto una perenzione del precetto (trascritto o non trascritto) a sensi dell'art. 566 (v. sopra il n. 362), e che questa tragga seco anche la perenzione del pignoramento (trascrizione). Dopo la citazione, invece, si ritiene, che abbia luogo la perenzione di cui all'art. 2085. Ma questa (che è a termine più lungo) assorbe anche la perenzione del precetto (il cui termine di efficacia nel frattempo sarà interamente decorso) e quindi anche la perenzione del pignoramento (trascrizione).

A nostro avviso, bisognerebbe piuttosto avere il coraggio di ritenere, che con la trascrizione del precetto (sebbene fatta stragiudizialmente) è già in atto la « istanza » per la spropriazione, e si applica quindi da quel momento il disposto dell'art. 2085 u. c. per la perenzione degli atti del procedimento esecutivo, indipendentemente dalla perenzione del precetto, che continua ad esser regolata invece dall'art. 566 del cod. proc. civ. Ma riconosciamo le difficoltà che incontra questa opinione.

Siccome poi nella procedura di esecuzione immobiliare le eventuali opposizioni per nullità di forma o altre riguardanti gli atti esecutivi, a partire dalla citazione per autorizzazione a vendita, si inseriscono negli atti del procedimento esecutivo (v., più oltre, n. 396 e n. 405), non trova il suo parallelo nella esecuzione immobiliare neanche il capoverso dell'art. 581.

La forma particolare propria del pignoramento immobiliare (trascrizione del precetto), porta seco poi un'altra conseguenza, e, cioè, che la sua perenzione (che secondo l'opinione dominante si collega dunque o a quella del precetto o a quella della « istanza » di spropriazione) libera in sostanza l'immobile dall'assoggettamento alla esecuzione; libera il debitore sequestratario dai suoi obblighi di conservazione e di gestione in tale qualità; pone il terzo sequestratario, che sia stato nominato nel frattempo, in condizioni di dover rendere il conto al debitore (anzichè ai creditori); ma non può produrre automaticamente la cancellazione materiale della

trascrizione del precetto sui relativi libri pubblici. La cancellazione può esser «annotata» sui libri soltanto dal conservatore delle ipoteche, il quale, a sua volta, non può farsi giudice del punto, se la perenzione si sia effettivamente verificata o no. Di qui segue che, secondo le regole generali del codice civile sulle trascrizioni ed iscrizioni, per ottenere l'annotazione di cancellazione sui libri, occorrerà il consenso del creditore procedente e dei creditori che avrebbero avuto diritto di surrogarsi, documentato per atto pubblico o per scrittura autentica oppure, in difetto di consenso, una sentenza che accerti la perenzione, e ordini la cancellazione (arg. per an. dagli artt. 2033 e segg. cod. civ.).

Fino a questo momento la trascrizione materialmente resta, anche se giuridicamente abbia già perduta la sua efficacia.

Sulla rinuncia agli atti esecutivi, sulla loro eventuale improcedibilità e sulla surroga, vale quanto abbiamo già detto nel primo capitolo di questa parte, salvo quanto altro aggiungeremo fra breve, specialmente in materia di surroga.

§ 16. — *Organi competenti per il seguito del procedimento. L'ordine di vendita e la vendita.*

LE ATTRIBUZIONI ed i poteri necessarii per tutti gli atti
394 e i provvedimenti di autorità, nel procedimento di esecuzione immobiliare (dopo la trascrizione del precetto) sono demandati ai tribunali e, volta per volta, agli ufficii che li compongono, qualunque sia il valore dei beni assoggettati all'esecuzione e l'ammontare dei crediti per i quali si procede (eccezione alla regola, soltanto nei procedimenti fiscali, che sono fuori del quadro della nostra trattazione). Ogni tribunale può esercitare tali poteri dentro i limiti del suo circondario. Però, come abbiamo già avvertito (n. 338), per mantenere l'unità o l'unicità del procedimento può anche avvenire che l'esecuzione che ha luogo per autorità di un

determinato tribunale, investa e comprenda anche dei beni che sono fuori della sua circoscrizione.

Giudice dell'esecuzione, e, cioè, degli incidenti che possono sorgere dall'esecuzione o dalle formalità preliminari, è sempre lo stesso tribunale. Ciò non risulta dall'art. 570, ma dal complesso degli articoli 660, 699, 713, 716 ecc. del cod. proc. civ..

L'ORDINE DI VENDITA nella procedura immobiliare, deve
395 esser dato dal tribunale; e qui entriamo nel regno dell'inverosimile. Tutto questo ordinamento sarà da rifare in una riforma processuale. Dobbiamo tuttavia esporlo, per ora, così come è.

Scaduto il termine dei trenta giorni, accordato nel precetto al debitore (sopra, n. 361), o risolte con sentenza (provvisoriamente esecutiva o non più appellabile) le eventuali opposizioni al precetto medesimo (semprechè non si versi in materia di esecuzione cambiaria, nella quale la sospensione non è di diritto: v. sopra, n. 361 cit.), il creditore procedente, per «promuovere la vendita», deve citare il debitore esecutato davanti al tribunale, nelle forme del processo ordinario di cognizione, per far ordinare («autorizzare») la vendita stessa e farne stabilire con sentenza le «condizioni» (artt. 662 e 664 cod. proc. civ.).

La «condizione» principale da stabilire, è quella del prezzo base dell'incanto. A questo scopo, il creditore procedente può fare nella stessa citazione la offerta di un prezzo, non inferiore a sessanta volte il tributo diretto verso lo Stato, se si promuova la spropriazione del diritto di proprietà piena sull'immobile, a trenta volte il tributo, se si promuova quella del solo usufrutto o della sola nuda proprietà, a sei decimi del capitale di affranco, se si promuova quella del dominio diretto (art. 663 cod. proc. civ.). Non è espressamente previsto il caso di spropriazione del diritto dell'enfiteuta o di diritti superficiarii (questi ultimi non regolati, come è noto, dal codice civile). Riteniamo pertanto che, nel silenzio, si possa (e si debba) offrire, anche per questi, il sessantuplo del tributo.

Se il creditore procedente non voglia far offerte (che sarebbero poi impegnative per lui) o se queste non siano possibili (per esempio, perchè il bene non è censito od è censito con qualifiche o classificazioni, non più rispondenti al suo stato effettivo), bisogna che il creditore procedente, prima di notificare la citazione, ne faccia eseguire la stima a mezzo di un perito. Questo dovrà esser nominato, su istanza del creditore procedente (ricorso), dal presidente del tribunale, e dopo che la istanza sia stata pubblicata nel giornale (foglio) degli annunzii giudiziarii. Le formalità della nomina, del giuramento del perito (che lo presta all'atto del deposito) e le altre modalità della perizia, sono stabilite dall'art. 664, al quale rinviamo. Finchè non sia nominato il perito, qualunque creditore iscritto (cioè ipotecario) può prevenirla, facendo l'offerta del prezzo, a sensi dell'art. 663, nei modi di cui all'art. 664 u. cap. E proprio per mettere in grado gli altri creditori di fare questa offerta, deve ritenersi prescritta la pubblicazione dell'istanza (ricorso).

La CITAZIONE deve contenere la designazione degli im-
396 mobili (e, ben si intende, del diritto sugli immobili stessi, che si intende far vendere), l'offerta o la stima e le altre condizioni della vendita, sia che riguardino il bene materiale o il diritto (es. frutti, scorte, rispetto di locazioni in corso ecc.) o le modalità dell'incanto (queste ultime nei limiti delle prescrizioni di legge) e deve contenere (a pena di nullità!) l'offerta di comunicazione di una serie di documenti, che devono essere preventivamente deposti in cancelleria: titolo esecutivo, precetto, estratti catastali ecc., il tutto a norma dell'art. 665.

Il debitore esecutato può fare le sue deduzioni intorno alle condizioni della vendita, alla ammissibilità e regolarità della offerta, alla perizia ecc.. Se non abbia fatta opposizione al precetto con sua separata citazione, può cogliere l'occasione del giudizio così istituito, per proporre la opposizione medesima, nel qual caso avremo nel processo un cumulo di oggetti diversi fra le stesse parti. Può proporre, infine, qualunque altra eccezione di improcedibilità o

di nullità (sia per rispetto ai beni o ai diritti di cui si chiede l'espropriazione, sia rispetto agli atti di procedura). Ed è appunto per questo, che dicevamo più sopra, che qui gli atti degli incidenti di improcedibilità o di nullità si inseriscono nella serie degli atti esecutivi e si intrecciano con essi.

Nel giudizio di autorizzazione possono intervenire volontariamente anche i creditori iscritti, per proporre le istanze che credano di loro interesse, circa le condizioni della vendita.

Il tribunale può accogliere le eventuali opposizioni del debitore. Può ordinare, se lo creda del caso, una ulteriore istruttoria su determinate condizioni della vendita (es. configurazione dei diritti da spropriare, esistenza di servitù, convenienza di procedere ad una «lottizzazione» dei beni ecc.), nel qual caso dovrà provvedere, per intanto, con una sentenza interlocutoria, salvo provvedere poi, in seguito, in via definitiva. Fuor di questi casi, ordinerà la vendita per sentenza. Questa dovrà contenere tutti gli estremi e le indicazioni, minutamente prescritte nell'art. 666, e, in definitiva, dovrà «rimettere le parti davanti il presidente, per-
«chè stabilisca l'udienza in cui deve farsi l'incanto, entro
«un termine non minore di giorni quaranta e non mag-
«giore di novanta dalla data dell'ordinanza relativa, e or-
«dinare al cancelliere di formare il bando per la vendita;
«dichiarare aperto il giudizio di graduazione sul prezzo
«per cui saranno venduti i beni, indicando, o nominando
«il giudice delegato all'istruzione; ordinare ai creditori
«iscritti di depositare nella cancelleria le loro domande
«di collocazione motivate, e i documenti giustificativi, nel
«termine di giorni trenta dalla notificazione del bando.

«La sentenza di spropriazione è notificata a norma de-
«gli art. 367 e 385, e per cura del creditore istante anno-
«tata in margine della trascrizione del precetto».

La sentenza deve contenere, per quanto occorra, anche la designazione oppure la delegazione del giudice, che dovrà presiedere alla graduazione a sensi dell'art. 708.

In questo modo, la sentenza apre due serie di operazioni ulteriori, che seguiremo a loro volta distintamente: le operazioni di vendita (v., qui di seguito, nn. 397 e segg.) e

quelle di riparto o «graduazione» (nn. 400 e segg.). Essa (ben si intende!) è appellabile (v. più oltre, n. 408) e può dar luogo a tutte le consuete e ben note complicazioni di fasi diverse, a cui può dar luogo qualunque sentenza nei procedimenti ordinarii di cognizione. Ma, trascurando qui queste eventuali complicazioni, seguiamo ora la serie degli atti esecutivi.

397 IL BANDO, che deve precedere la vendita, viene formato, in conformità dell'ordine contenuto nella sentenza che autorizza la vendita, dalla cancelleria, dopo che dal presidente sia stata fissata l'udienza per l'incanto.

Esso deve esser stampato e contenere tutte le indicazioni specifiche prescritte minuziosamente dall'art. 667 (con tutti i conseguenti rischii di nullità) e cioè: nomi delle parti, estremi del precetto e della sua trascrizione, della sentenza e della sua annotazione, prezzo di incanto, condizioni di vendita, udienza ecc., più la indicazione della somma da depositarsi per le spese da chi voglia offrire all'incanto (v. sotto, n. seg.) e, finalmente, l'ordine ai creditori iscritti di depositare le domande di collocazione agli effetti della graduazione, in conformità della sentenza, «coll'indicazione del giudice commesso alla graduazione».

Il bando serve anch'esso ad un duplice ordine di funzioni: uno relativo alla procedura di vendita, e l'altro relativo a quella di riparto o graduazione.

Per il duplice effetto, esso deve essere notificato, a cura del creditore procedente, al debitore esecutato e ai creditori iscritti (ipotecarii); a questi ultimi, in particolare, sia perchè provvedano alla presentazione delle domande di collocazione in graduatoria, sia perchè intervengano all'incanto (e alle formalità preliminari), se lo credano di loro interesse. Le notificazioni devono esser fatte nel modo prescritto nell'alinea dell'art. 668 (al quale rinviamo), e che incidentalmente conferma, che si considerano ipotecarii, agli effetti della graduatoria, tutti gli iscritti, fino al giorno in cui venga annotata sui libri delle trascrizioni la sentenza che autorizza la vendita (cfr. sopra, n. 392).

Agli effetti dell'incanto (vendita), e cioè per provocare l'afflusso di offerenti, il bando deve inoltre essere affisso in varii luoghi e pubblicato per due volte nel giornale degli annunzii giudiziarii, secondo le disposizioni, a lor volta minuziosissime, dell'art. 668 seconda parte. «Le notificazioni, «pubblicazioni ed inserzioni debbono esser compiute trenta «giorni prima di quello fissato per l'incanto». Finalmente, trenta giorni prima dell'incanto, il bando deve essere depositato nella cancelleria e nella segreteria comunale, sempre a sensi dell'art. 668 u. c.. Tutto questo, se il tribunale nella sentenza non abbia ordinate anche altre pubblicazioni, inserzioni ed affissioni (art. 670).

L'adempimento di tutte queste formalità (che, col loro carattere tassativo, offrono evidentemente un pingue terreno per la coltivazione intensiva di questioni di nullità) deve esser fatto risultare nel modo prescritto nell'art. 669, al quale rinviamo.

«Quando l'incanto», aggiunge l'art. 671, «sia stato ri- «tardato da qualche incidente, le pubblicazioni, e affis- «sioni, l'inserzione nel giornale, e il deposito a norma del- «l'art. 668, si debbono rinnovare almeno otto giorni prima «della nuova udienza stabilita per l'incanto».

398 L'INCANTO avviene alla udienza stabilita dal presidente (sopra, n. 395), davanti al tribunale (cioè davanti all'ufficio giudicante collegiale!!).

Chiunque può offrire («dire») all'incanto, personalmente o per mezzo di mandatario speciale (previo deposito del mandato in cancelleria), tranne il debitore (e salvo che questo sia erede con beneficio di inventario): artt. 672 al. e 673. I procuratori, legalmente esercenti presso il tribunale (ciò che deve intendersi oggi, nel senso di cui sopra al n. 206), possono offrire per conto di persona da dichiararsi (art. 672 primo cap.), nel qual caso, se rimangano aggiudicatarii, devono poi dichiarare nei tre giorni successivi il nome della persona per la quale hanno acquistato, e depositare il mandato speciale, oppure far rendere dalla per-

sona stessa la dichiarazione di accettazione, con le modalità e nelle forme di cui all'art. 678.

Qualunque offerente, per « dire» all'incanto, deve aver depositato l'ammontare delle spese preventivate nel bando e il decimo del prezzo base dell'asta, a sensi dell'art. 672.

L'incanto si apre con la lettura del bando, fatta dal cancelliere, e segue col metodo cosiddetto della « candela vergine » (o meglio della terza candela), amorosamente descritto negli artt. 674 e 675. Quando si sia spenta la terza candela (che sarà poi un volgare «cerino»), dopo una offerta, e senza che sia stata fatta altra offerta maggiore, è dichiarato (provvisoriamente) aggiudicatario chi abbia fatta quella offerta. Se ci sia stata l'offerta di un creditore per determinare il prezzo base dell'asta, questo viene dichiarato compratore, quando si sia spenta la terza delle prime tre candele, senza che vi siano state offerte di aumento (art. 675). Nel caso di stima, se non ci siano offerte prima che si spenga la terza candela (caso cosiddetto dell'« incanto deserto»), « il tribunale ordina che l'incanto si rinnovi in « altra udienza, ribassando il prezzo di un decimo almeno, « e così successivamente, finchè non si abbiano offerenti » (art. 675 capov.). Naturalmente, bisognerà anche in questo caso rinnovare il bando. Di tutte le operazioni dell'incanto deve farsi, naturalmente, processo verbale (e così in ogni udienza, se l'incanto venga rinnovato).

Avvenuta l'aggiudicazione (provvisoria) a favore di qualcuno, vengono restituiti i depositi, a tutti quelli che non siano rimasti aggiudicatarii. Quello dell'aggiudicatario resta fermo, per i provvedimenti ulteriori di cui all'art. 677.

Il primo incanto, però, non è definitivo. Dopo la vendita, e nel termine di cui all'art. 679, il cancelliere deve far pubblicare nei « giornali» in cui fu inserito il bando, un avviso (« nota ») della avvenuta aggiudicazione provvisoria. Nei quindici giorni successivi alla aggiudicazione (provvisoria), chiunque avrebbe potuto offrire all'incanto, può fare dichiarazione in cancelleria di offrire un prezzo, maggiore di almeno un sesto di quello della precedente aggiudicazione (cosiddetto « aumento di sesto »), col deposito

dell'ammontare delle spese e del decimo del nuovo prezzo.

Sulla base di questo nuovo prezzo, dovrebbe aver luogo un nuovo incanto, definitivo, con nuovo bando, da pubblicarsi e notificarsi nei modi di cui all'art. 681 capov., ad una udienza che sarà all'uopo stabilita dal presidente, a sensi dell'articolo stesso, su istanza del nuovo offerente o, se questi non curi l'adempimento delle formalità necessarie, anche su istanza degli altri creditori o del debitore, nel termine di cui all'art. 683.

Ma il più singolare si è che, se nessuno curi la fissazione del nuovo incanto, non viene dichiarato aggiudicatario chi ha fatto l'aumento, ma invece diventa definitiva la aggiudicazione (fin allora provvisoria) precedente; e chi aveva fatto l'aumento può esser condannato semplicemente ad una « indennità », pari al ventesimo del prezzo (art. 683 cit.).

Rimasta ferma, comunque, l'aggiudicazione (provvisoria) precedente o avvenuta la nuova aggiudicazione, il tribunale emette a favore dell'aggiudicatario il provvedimento di vendita in forma di sentenza (!). È da tenersi presente a questo proposito, che qui, a differenza di quanto avviene per la vendita giudiziale dei mobili, l'aggiudicatario non versa il prezzo in contanti e per conseguenza, con l'aggiudicazione definitiva, ne resta costituito debitore. Vedremo poi, quello che ne succede (v. oltre, n. 403).

399 La SENTENZA di vendita ha i caratteri sostanziali, propri di tutti i provvedimenti di spropriazione e di trasferimento di autorità (sopra, n. 342).

Quanto alla forma, la sentenza di vendita deve contenere tutte le indicazioni prescritte dall'art. 685, che hanno il loro nucleo nella « dichiarazione di chi resta compratore» e nell'« ordine al debitore o sequestratario di rilasciare il « possesso dei beni a favore dello stesso compratore» (ordine, che ha effetti esecutivi per il rilascio).

Nei dieci giorni successivi, il cancelliere deve provvedere alla trascrizione, nei modi stabiliti dal codice civile (art. 1932 e seg.), della sentenza di vendita, e a far iscrivere

(cosa alla quale sarebbe del resto tenuto di ufficio anche il conservatore) « l'ipoteca legale risultante dal detto atto «sopra i beni venduti, a favore della massa dei creditori « e del debitore», per il prezzo non pagato (art. 2085 cod. civ. e v. n. prec., in fine).

«La vendita all'incanto trasferisce nel compratore sol- « tanto i diritti che appartenevano al debitore espropriato» (art. 686 cod. proc. civ.). Si applicano, in proposito, le regole ordinarie del diritto sostanziale (v. sopra, n. 342 cit.).

Disposizioni particolari vi sono soltanto in ordine alle locazioni. La legge applica bensì, adattandola al caso, la regola generale del codice civile e prescrive, che la vendita non « rompe » (come si suol dire) le locazioni in corso, che « abbiano data certa anteriore alla notificazione del precetto », senza pregiudizio (a favore dell'aggiudicatario) della clausola di risoluzione per il caso di alienazione, che fosse contenuta nel contratto (art. 687 cod. proc. civ.). Però c'è una presunzione di frode per le locazioni, il cui fitto sia inferiore di un terzo a quello che si possa considerare giusto o normale (art. 687 capov.). Per di più, aggiunge la legge che il pagamento dei fitti o dei canoni anticipati, non si può opporre all'aggiudicatario, se non sia stato fatto «in conformità» della consuetudine locale.

Tutto questo vale, anche se il conduttore non abbia fatto constare della locazione in via di separazione (v. più oltre n. 406), e se la locazione non fosse menzionata nelle condizioni di vendita e nel bando. Nel qual ultimo caso, però, l'aggiudicatario può considerare l'esistenza di locazioni lunghe e gravose, come caso di evizione parziale.

È implicito, che l'aggiudicatario debba rispettare anche le locazioni fatte dal sequestratario a sensi dell'art. 2085 cod. civ. (v. sopra, n. 392) e, rispetto a queste, non pensiamo possa entrare in gioco l'evizione.

§ 17. — *Il «giudizio di graduazione» e la soddisfazione dei creditori. La rivendita*

Il giudizio di graduazione (così chiamato dalla leg-
400 ge) agli effetti del riparto, è dichiarato « aperto », come sappiamo, dalla stessa sentenza che autorizza la vendita (sopra, n. 396), e i creditori ipotecarii iscritti vengono provocati o diffidati a depositare le loro domande di collocazione coi titoli giustificativi, mediante la notificazione del bando (in questo senso, di diffida, va inteso infatti « l'ordine », di cui agli artt. 666 e 667).

La ragione di questo invito ai creditori ipotecarii, sta in ciò, che la legge, per considerazioni di interesse generale (effettivamente fondate), intende che, con l'esecuzione forzata, l'immobile (o più esattamente il diritto venduto) venga liberato da tutte le ipoteche iscritte (effetto « purgativo » della esecuzione), capienti o non capienti nel prezzo ricavato. Ma, evidentemente, non può conseguire questo effetto, se non provocando gli ipotecarii a far valere in questa sede i loro diritti e le loro ragioni, prima di cancellare le loro ipoteche. Avranno interesse ad intervenire quelli capienti, per esser « collocati », e anche quelli eventualmente incapienti, per contestare, se del caso, quelli, che li precedono in grado, onde procurarsi la capienza.

E giustamente (salvi eccessivi rigori di forma) la legge ha voluto che fossero diffidati con la notificazione del bando, prima della vendita, perchè tutti quelli che si trovino a rischio di non esser capienti, hanno interesse ad intervenire all'incanto o di promuovere l'afflusso di offerenti, per rendersi essi medesimi aggiudicatarii o quanto meno per far salire il prezzo (su di che, v. anche, più oltre, il n. 405, in fine).

Tutti gli altri creditori non iscritti, sono naturalmente autorizzati a presentare anch'essi le loro domande, sebbene non ci possa essere ordine, invito o diffida nei loro riguardi (anche perchè non sono neanche individuabili dal creditore procedente). Fra questi, ci potranno anche essere dei privilegiati sull'immobile (ad es. il fisco, per privilegi relativi

all'imposta patrimoniale, contributi consortili di bonifica, di miglioria ecc.), rispetto ai quali sarebbe pure augurabile, che ci fosse effetto purgativo, ma è molto dubbio se vi sia, appunto perchè non vengono diffidati.

I creditori di qualunque creditore, che abbia (o si suppone possa avere) diritto a collocazione nella graduazione, possono a loro volta presentare le loro domande in questa sede, per essere « subcollocati» (come si dice in pratica) sulle somme, che vengano a spettare al creditore stesso (loro debitore). Se vi siano più domande di « subcollocazione », dovrà farsi, in occasione della graduatoria, anche il riparto fra di loro, applicando nei loro riguardi le regole del riparto delle somme ricavate dalla espropriazione mobiliare, come è logico, dal momento che essi concorrono, fra loro, per il riparto di una somma di danaro (art. 715).

Le domande di collocazione (e quelle di subcollocazione), presentate a sensi dell'art. 709 in cancelleria, dove possono essere esaminate da tutti gli interessati, vengono raccolte dal cancelliere in un volume (art. 236 reg. gen. giud.) e presentate con tutti gli altri documenti necessarii, specificati nell'art. 710, al giudice delegato per la graduazione (sulla cui designazione, v. sopra nn. 396 e 397).

Il giudice delegato, sulla base di questi elementi, deve formare lo « stato di graduazione » (che per il momento, in realtà, non è ancora se non un progetto) e depositarlo in cancelleria (art. 711), dopo di che la cancelleria lo notifica agli interessati, insieme con la indicazione della udienza fissata dal giudice per la discussione del suo progetto (art. 712). La notificazione vale, in sostanza, citazione a comparire davanti al giudice.

È ammesso anche successivamente l'intervento dei creditori per essere collocati, ma con un maggiore onere di spese a loro carico (v., più oltre, il n. 402).

401 NELLO STATO di graduazione devono esser collocate in primo grado le spese di giustizia (arg. anche dall'art. 716 cod. proc. civ., oltrechè dall'art. 1961 cod. civ.), e per queste saranno collocati anche i singoli creditori, che le abbiano anticipate, considerandosi come spese di questo ordine, anche quelle degli incidenti di cognizione sorti dall'esecuzione (salvo che si trattasse di contestazioni infondate nelle quali i creditori siano rimasti soccombenti), le spese delle domande di collocazione (« produzione », come si dice in pratica, in graduatoria) e dei relativi incidenti (come risulta dall'art. 684, già molto largo in materia e larghissimamente interpretato dalla pratica). Successivamente, verranno collocati, a mano a mano, i creditori ipotecarii per i loro crediti, interessi e accessorii « coperti » dall'ipoteca (art. 2010 cod. civ.), secondo l'ordine della loro iscrizione, preponendo o interpolando, però, a questa serie gli eventuali privilegi fiscali (o assimilati ai privilegi fiscali), secondo la collocazione che spetta loro, a sensi delle relative leggi speciali e del cod. civ. (art. 1962). Seguiranno i privilegiati generali sui mobili (art. 1963 cod. civ.), perchè l'eventuale residuo prezzo, dopo collocati i creditori precedenti, è danaro o credito di danaro, e quindi può considerarsi, ormai, come un bene mobile del debitore. Seguiranno i semplici chirografarii, se ci sia capienza anche per loro, per contributo, se la capienza non sia integrale (art. 2092 cod. civ.). E finalmente, se ci sia posto per lui, verrà il debitore.

In pratica, non si arriva quasi mai alla spropriazione e graduazione, senza che l'immobile sia arcicoperto di ipoteche, e quindi la ipotesi di capienza, per questi ultimi ordini o gradi, si riduce ad un oggetto di curiosità. Questo spiega anche, perchè la spropriazione immobiliare, nel suo complesso, sembri preordinata sopratutto nell'interesse degli ipotecarii (v., per es., più oltre il n. 407).

402 LA DISCUSSIONE dello stato di graduazione segue all'udienza fissata, davanti al giudice, il quale, sentiti gli interessati, può modificare il progetto, in base agli accordi che intervengano fra di loro, e, se rimangano delle questioni insolute, ne dà atto e ne determina il contenuto. Di tutto si fa processo verbale e, in chiusura, il giudice rimette le parti a udienza fissa davanti al tribunale (col-

legio giudicante), per la « omologazione » ed eventualmente per la risoluzione delle questioni insorte: art. 713.

Sulla legittimazione e sull'interesse a sollevare contestazioni possiamo richiamarci semplicemente a quanto già detto altra volta in termini più generali (v. sopra, n. 344).

L'intervento di creditori all'effetto di chiedere la collocazione, è ancora ammesso, in linea generale, fino al momento in cui sia cominciata la relazione della causa alla udienza del tribunale (collegio), ma « soggiacciono, senza ripetizione, ad ogni spesa » di produzione, collocazione e rinvio della causa. Dopo questo momento (e anche in appello), possono essere ammessi soltanto i creditori iscritti, ai quali, per negligenza o per errore, non sia stato notificato il bando.

Quanto alle funzioni del tribunale, bisognerà distinguere.

Il tribunale (collegio) deve fissare definitivamente lo stato di graduazione, con una sentenza che prende nome di « omologazione (dello stato di graduazione) ». Con questa sentenza « tassa, sopra nota fatta dal cancelliere, le « spese del giudizio di graduazione, che sono collocate prima « di ogni altro credito; pronunzia la decadenza di tutti i « creditori non comparsi; ordina la spedizione delle note di « collocazione ai creditori utilmente collocati, e la cancella- « zione delle iscrizioni di quelli non collocati in grado utile, « o che non abbiano prodotto i loro titoli; il tutto riguar- « do ai beni il cui prezzo cade nella graduazione ». La sentenza, in quanto dà tutti questi provvedimenti, deve ascriversi agli atti necessarii del procedimento esecutivo (fissazione del diritto al riparto).

Senonchè può accadere, come abbiam visto, che davanti al giudice delegato sorgano delle contestazioni, e che rimangano insolute. Allora spetta al tribunale di risolverle, sulla relazione che il giudice stesso ne farà (e, del resto, nelle forme ordinarie del giudizio di cognizione): art. 716 cod. proc. civ.. In questo caso veniamo ad avere un incidente di cognizione, che sorge dalla esecuzione, e il tribunale deve risolverlo prima di « omologare », ciò che potrà fare, del resto, con la stessa sentenza, se non sorga la necessità di

ricorrere a mezzi istruttorii, che dovranno, in ipotesi, essere ammessi ed eseguiti nei modi ordinarii del processo di cognizione, e con tutte le ordinarie complicazioni.

In questo caso, in cui vi siano state contestazioni, la sentenza di omologazione è appellabile (come sono appellabili anche le eventuali interlocutorie) nel termine di quindici giorni, a sensi e nelle forme di cui all'art. 725 (col suo richiamo all'art. 703). Se la corte d'appello riformi la sentenza sulle contestazioni, tutto o parte dello stato di graduazione viene ad essere spostato; e allora le parti bisogna che tornino davanti al giudice delegato alla graduazione, il quale « stabilisce definitivamente lo stato di gra- « duazione e ordina la spedizione delle note di collocazione », senza bisogno (per fortuna) di una nuova sentenza di omologazione. Però, davanti a lui possono sorgere delle altre contestazioni, in dipendenza della applicazione allo stato di graduazione delle soluzioni date dal giudice di appello, e allora deve rimettere nuovamente le parti alla corte d'appello... e così di seguito (art. 726).

Ci sono varii temperamenti alle spaventose lungaggini di questo sistema. Quando la sentenza di omologazione sia stata appellata soltanto su contestazioni relative a crediti posteriori nell'ordine di collazione, l'appello non sospende la spedizione delle note di collocazione per i crediti anteriormente collocati e non compresi nell'appello (art. 717 u. capov.). Indipendentemente da questo, il tribunale può ordinare provvisoriamente, e con qualche cautela particolare, il pagamento ai creditori, che ritenga evidentemente anteriori e certi, oppure l'impiego fruttifero del prezzo o il suo deposito, in attesa dell'esito definitivo del giudizio di graduazione. Ciò, a richiesta dell'aggiudicatario, che voglia liberarsi o (dopo un anno!!) a richiesta di qualunque altro interessato: rinviamo per ciò agli artt. 723 e 724 del codice.

403 Il pagamento del prezzo da parte dell'aggiudicatario, che ne è costituito debitore in base alla sentenza di vendita (con ipoteca legale a suo carico: v. sopra, n. 399), deve esser fatto ai creditori collocati (ed eventualmente al

debitore), in base alle note di collocazione, di cui la sentenza di omologazione ordina la spedizione o che possono essere spedite anche in via provvisoria, come abbiamo detto or ora.

A questo effetto, però, ci possono essere ancora delle cifre da liquidare: spese che non si siano potute precisare in lire e centesimi nello stato di graduazione, interessi sui varii crediti, che abbiano continuato a decorrere ecc. Questa liquidazione può esser fatta d'accordo fra i creditori (e il debitore) o altrimenti da un perito, che sarà nominato all'uopo dal giudice delegato alla graduazione (art. 717 al.), per tutto lo stato o per quella parte, in cui possa avere esecuzione in pendenza di altre contestazioni (v. sopra).

Anche contro la liquidazione del perito, la legge ammette la possibilità di reclami al tribunale (collegio), il quale, al solito, dovrà deciderne per sentenza, appellabile (!), con tutte le possibili complicazioni. Ricomincia il calvario.

Finalmente (art. 717 pen. cap.), « non impugnata la li- « quidazione, o risolte le opposizioni, il cancelliere spedisce « ai creditori utilmente collocati le note di collocazione, le « quali, approvate e sottoscritte dal giudice delegato e ri- « vestite della forma stabilita dall'art. 556, hanno forza di « titolo esecutivo contro il compratore » (cioè contro l'aggiudicatario). « Il compratore, di mano in mano che paga « i mandati di collocazione, ha diritto di ottenere dal giu- « dice delegato, mediante la presentazione delle quietanze, « l'ordine della cancellazione delle iscrizioni delle ipoteche « relative ai crediti estinti, e la riduzione per uguale con- « correnza dell'ipoteca legale iscritta a favore della massa « dei creditori » (art. 719). Finalmente (art. 720), « fatta la « spedizione di tutte le note di collocazione, il compratore ha « diritto di ottenere dal giudice delegato l'ordine per la can- « cellazione delle iscrizioni dei creditori decaduti, e di quelli « non collocati in grado utile, in conformità dell'art. 716 ». E così il fondo, o meglio il diritto immobiliare spropriato, rimane « purgato ».

La cosa parrebbe abbastanza semplice. Ma importa sempre la necessità, che il compratore (aggiudicatario) citi i creditori davanti al giudice delegato, per farsi dare l'ordine di cancellazione o di riduzione. E dalle ordinanze del giudice delegato ci può esser reclamo al tribunale, il quale dovrà decidere per sentenza. Rinviamo agli artt. 721 e 722, e . . . tiriamo un respiro.

Quanto alle somme, che siano state nel frattempo depositate a seguito del rendiconto del sequestratario, di vendita dei frutti o di pagamento anticipato dell'aggiudicatario (di cui sopra, n. 402, in fine), il giudice delegato, invece della nota di pagamento, rilascierà un mandato di pagamento, come avviene nel riparto della esecuzione mobiliare.

Naturalmente, il debitore esecutato, a mano a mano che, in un modo o nell'altro, i suoi creditori collocati vengano ad esser pagati, resta liberato, fino a concorrenza, dai proprii debiti verso di loro.

Ma può anche essere, che l'aggiudicatario non paghi.

404 CONTRO L'AGGIUDICATARIO che non paghi, i creditori collocati possono servirsi delle note di collocazione come di titolo esecutivo, per promuovere contro di lui la esecuzione forzata per spropriazione, su tutti i suoi beni personali. Egli è considerato e trattato a questo effetto come un debitore, insolvente verso di loro.

Ciò non toglie, si noti bene, che essi, fino a che non siano pagati, restino creditori anche verso l'originario debitore (esecutato). Essi avranno in conclusione due debitori, invece di uno. Il loro credito si estingue soltanto in quanto o dall'uno o dall'altro, ricevano il pagamento. Però, i creditori ipotecarii iscritti soltanto sull'immobile giudizialmente venduto (spropriato), se conservano il credito verso il debitore originario, non hanno più alcun diritto di prelazione, quando agiscano esecutivamente contro di lui su altri beni, perchè l'ipoteca dava loro diritto di prelazione soltanto sul bene sul quale era iscritta. E tanto meno hanno diritti di prelazione, se agiscano contro l'aggiudicatario su beni diversi.

Fino a che non siano pagati, conservano invece integri i proprii diritti di prelazione, così e come riconosciuti ed accertati con la collocazione in graduatoria, sul bene giudi-

zialmente venduto (spropriato). E, secondo noi, è proprio per facilitare il realizzo del loro credito, così e come risulta dalla collocazione sul prezzo di quel bene, che la legge ha introdotto l'istituto della « rivendita ».

Qualunque creditore collocato e non pagato, entro cinque giorni dalla notificazione della sua nota di collocazione all'aggiudicatario (notificazione che egli dovrà fargli a questo effetto), può chiedere infatti, che i beni, acquistati da costui all'incanto giudiziale, siano « rivenduti » a sue spese e a suo rischio (artt. 718 e 689 cod. proc. civ.). Ciò, però, soltanto fino a tre anni dalla vendita (art. 694).

Il provvedimento che ordina la rivendita, deve esser chiesto al tribunale con citazione dell'aggiudicatario, e deve esser dato per sentenza, nelle forme della cognizione (art. 689 cit.). Questa sentenza funziona, rispetto alla rivendita, come la sentenza di autorizzazione rispetto alla ordinaria vendita giudiziale. La rivendita si fa all'incanto giudiziale, nelle stesse forme che abbiamo già vedute, con un termine di intervallo più breve fra le notificazioni, affissioni e pubblicazioni del bando e la vendita (artt. 689 capov., 690 e 692).

Nella rivendita sembra, a quel che pare, che la legge (anche agli effetti fiscali) non veda un passaggio del bene dal primo aggiudicatario al secondo (cioè a quello che rimanga aggiudicatario a seguito della rivendita), bensì un passaggio diretto dal debitore esecutato al secondo (aggiudicatario). Sembra in altri termini, che la legge, per effetto della seconda aggiudicazione (rivendita), consideri risolta o caducata la prima (vendita), pur effettuandosi però la seconda aggiudicazione (rivendita) a spese e rischio (ma, come vedremo, eventualmente anche a vantaggio) economico del primo aggiudicatario (compratore) decaduto.

Di qui deriva la determinazione del trattamento fatto ai creditori del debitore esecutato (e a lui stesso, se collocato in graduatoria), nonchè al primo aggiudicatario rispetto al secondo.

Restano, infatti, a carico del primo aggiudicatario le spese da lui pagate direttamente (salvo il diritto di ricuperare dal fisco la tassa di registro) e a carico del secondo

le spese di sentenza e di registrazione del suo acquisto all'incanto, che dovrà pagare a norma delle disposizioni ordinarie sulle vendite giudiziali. Resta inoltre a debito del primo aggiudicatario la differenza prezzo, che eventualmente si sia conseguita in meno nella rivendita (rispetto alla prima vendita).

I creditori collocati nella graduatoria (ed eventualmente il debitore esecutato, se per miracolo anch'egli abbia trovata collocazione) potranno farsi pagare dal nuovo aggiudicatario, secondo l'ordine della loro collocazione, fino a capienza del prezzo da lui dovuto. Al quale effetto, potranno chiedere ed ottenere la spedizione di una ulteriore nota di collocazione contro di lui, in base alla precedente graduatoria, senza che venga riesaminata nel merito, perchè in fondo si tratta sempre del prezzo della stessa cosa. Per la eventuale differenza (e cioè in quanto restino incapienti sul nuovo prezzo, mentre erano capienti sul prezzo della prima aggiudicazione) conservano il credito contro il primo aggiudicatario e possono ancora valersi, contro di lui e sul suo patrimonio, delle prime note di collocazione, come titolo esecutivo. Conservano, in ogni modo, nel senso già veduto sopra, il loro credito, anche contro il debitore esecutato, fino a che non siano stati pagati.

Se, viceversa, nella rivendita si realizzi un prezzo maggiore di quello del primo incanto, la differenza va al primo aggiudicatario (come se la rivendita si faccia bensì a suo rischio, ma eventualmente anche a suo profitto) e non profitta al debitore esecutato o ai suoi creditori (art. 693 capov.).

In ogni caso, il primo aggiudicatario potrà ricuperare dal secondo, quello che egli (primo aggiudicatario) avesse parzialmente (e legittimamente) pagato, sul prezzo originariamente da lui dovuto, ai creditori collocati e capienti anche sul prezzo della seconda aggiudicazione (rivendita).

§ 18. — *Opposizioni del debitore; surrogazione; domande in separazione ed altri incidenti di cognizione nell'esecuzione.*

Il debitore esecutato può sollevare, naturalmente, anche
405 nel procedimento di esecuzione immobiliare, delle questioni incidentali di nullità degli atti. E aihmè quante! L'art. 707 glie ne offre, per sua particolare comodità, una specie di prontuario; e non son tutte, perchè naturalmente deve applicarsi anche qui la regola generale del capoverso dell'art. 56 (v. sopra, n. 308), per le nullità non espressamente prevedute.

La legge qui non parla di «opposizioni», come nel procedimento mobiliare (v. sopra, n. 361), ma di «eccezioni di nullità». In sostanza, però, si tratta della stessa cosa. Le nullità anteriori al giudizio di autorizzazione a vendita e quelle relative alla sua costituzione, possono proporsi nel giudizio medesimo, dal debitore comparso (v. sopra, n. 396). Ma tutte quante, poi, quelle relative alla procedura di vendita, se non sanate nel frattempo, possono proporsi (come qualunque altra questione incidentale: art. 701) nelle forme prevedute dall'art. 695 del cod. proc. civ., e cioè con citazione del creditore procedente davanti al tribunale, non oltre quindici giorni prima dell'udienza stabilita per la vendita (art. 695 al.).

Anche gli altri «interessati» alla esecuzione (creditori iscritti, creditori che abbiano trascritto altri precetti, creditori chirografarii che abbiano chiesta la collocazione in graduatoria ecc.), possono sollevare, sempre nello stesso termine, eccezioni di nullità per la violazione di forme stabilite nel loro interesse, citando in questo caso il creditore procedente e il debitore (art. 695 capov.). «Le nullità «non opposte nel tempo e nel modo sopra stabiliti, non «possono più opporsi neppure in appello» (art. 695 u. c.).

La notificazione della citazione è resa più sbrigativa (cioè si fa di regola al procuratore), fino a renderla simbolica per il debitore, non comparso nel giudizio di autorizzazione a vendita (art. 695 capov.). «Il tribunale pronun-

«zia sulla nullità nella udienza stessa o in quella «immediatamente successiva» (art. 695 pen. capov.). «Quan-«do le eccezioni di nullità siano state rigettate, la vendita «ha luogo nel giorno stabilito, senza che occorra alcuna «notificazione» (art. 697).

«Quando le eccezioni di nullità siano ammesse, il pro-«cedimento deve riassumersi dall'ultimo atto valido e i «termini per gli atti successivi decorrono dalla notificazione «della sentenza pronunziata sulla nullità» (art. 696). Questo significa praticamente che, anche nella migliore delle ipotesi, bisognerà rifare il bando, con tutte le sue notificazioni, affissioni, pubblicazioni ecc.

Incidenti, si prevede che possano sorgere, anche per ottenere «modificazioni od aggiunte alle condizioni della vendita» (e semprechè, bisognerà aggiungere, secondo noi, non si tratti di modificazioni, che il debitore potesse chiedere nel giudizio di autorizzazione). Anche queste dovranno proporsi quindici giorni prima, nelle stesse forme. Se le modificazioni od aggiunte siano rigettate, la vendita ha luogo anche in questo caso nel giorno stabilito; se siano ammesse, il tribunale ne ordina la pubblicazione, nel modo che creda più conveniente.

Le nullità relative alla apertura dell'incanto (posteriori, dunque, alla scadenza del termine dell'art. 695), potranno esser proposte (per forza) soltanto nella udienza medesima, prima che avvenga l'aggiudicazione. Riteniamo, che in questo caso il tribunale possa decidere immediatamente per sentenza, sospendendo l'udienza dell'incanto, in modo che questo possa avvenire poi nello stesso giorno. Altrimenti, bisognerà, anche in questo caso, rinnovare il bando. Per fortuna, il caso sarà raro.

Le nullità intrinseche del provvedimento (sentenza) di vendita (che non sono regolate dalla legge) potranno esser proposte da chi vi abbia interesse, citando nelle forme ordinarie, davanti al tribunale, l'aggiudicatario e, secondo i casi (cioè a seconda di chi propone la nullità), il creditore procedente, il debitore esecutato o ambedue (ed eventualmente chiunque altro vi abbia interesse). Non c'è un ter-

mine di decadenza; tuttavia riteniamo che la possibilità resti preclusa, di regola, con l'omologazione dello stato di graduazione, che fissa definitivamente le sorti di tutti gli interessati.

Le eventuali nullità degli atti della graduazione, potranno essere proposte nel giudizio di omologazione o, se non siano sanate, anche con l'appello da questa sentenza.

Tutto questo vale per le nullità di forma, propriamente dette. Quando si tratti addirittura di difetti di requisiti essenziali, sostanziali, che portino ad una nullità assoluta, radicale e non sanabile, di tutto quanto il procedimento, questa può esser fatta valere in qualunque tempo, nei modi ordinarii.

Resta ancora, non regolato espressamente dalla legge e irto di dubbi, qualche caso critico, come, per esempio, quello della mancata notifica del bando a qualche creditore iscritto, il quale, in dipendenza di questo fatto, non venga a collocarsi in graduatoria e non intervenga all'incanto, mentre potrebbe avervi interesse. Che cosa ne nasce? Nullità, non nullità, persistenza dell'ipoteca di cui male sia stata ordinata la cancellazione, sua opponibilità o non opponibilità all'aggiudicatario e ai creditori posteriori, che abbiano trovata collocazione? Prospettiamo le varie possibilità, ma ci riteniamo autorizzati a concludere, che anche queste eccedono i limiti della nostra trattazione.

406 DOMANDE IN SEPARAZIONE di terzi, possono fare la loro apparizione anche nel procedimento di esecuzione immobiliare, quando nel precetto trascritto si siano compresi, in tutto o in parte, beni (es. particelle catastali) di terzi e se ne chieda l'autorizzazione a vendita o quando si sia identificato il diritto del debitore esecutato, che viene assoggettato a spropriazione, in modo tale da coinvolgere, con esso, anche dei diritti altrui (per esempio, se si sia promossa la esecuzione per la proprietà piena, là dove altri aveva sugli stessi beni un usufrutto, un diritto di uso o di abitazione, un diretto dominio ecc.).

L'interesse del terzo, che abbia un titolo trascritto, è

minore, perchè qui si applica la regola, che la vendita giudiziale non trasferisce all'aggiudicatario diritti diversi o maggiori, di quelli che in realtà avesse il debitore (art. 686), onde il terzo potrà sempre rivendicare, anche contro l'aggiudicatario (v. sopra, nn. 342 e 399). Però la procedura esecutiva, che nominalmente investa beni o diritti suoi, rappresenta sempre per il terzo una molestia, della quale ha interesse a liberarsi. La legge lo ammette pertanto ad « intervenire », cioè a sollevare un incidente di cognizione nell'esecuzione, per far « separare » il suo diritto. La domanda dovrà esser proposta con citazione, davanti al tribunale, del creditore procedente e del debitore, nelle forme speditive prevedute dall'art. 699, per una udienza anteriore a quella fissata per la vendita. Per quanto l'articolo espressamente non lo dica, è da ritenersi (purtroppo), che il tribunale possa (ma, secondo noi, non debba) ordinare la sospensione della vendita (arg. dall'art. 704). Effetto sospensivo ha invece, per disposizione espressa, l'appello o la dichiarazione di volere appellare (art. 704 cit.), il che però non dovrebbe ammettersi, quando il tribunale abbia negata la sospensione con sentenza provvisoriamente esecutiva. Ma sappiamo che c'è la tenerezza di cuore: in pratica si sospende sempre. Il che fa pullulare le compiacenti domande in separazione, anche nelle esecuzioni immobiliari.

La separazione, secondo quello che abbiamo detto a suo tempo (n. 392), può chiedersi anche da chi abbia trascritto dopo la trascrizione del precetto. Pensiamo invece che non possa chiedersi da chi abbia un titolo non suscettibile di trascrizione, sebbene di data anteriore al precetto, e non abbia trascritta anteriormente neppure una domanda giudiziale. La questione tuttavia è grave, tanto più che, in questo caso, il terzo non può più sperimentare la rivendica contro l'aggiudicatario, a favor del quale sia stata trascritta la sentenza di vendita.

407 LA SURROGAZIONE di altri creditori al creditore procedente originario, è finalmente l'ultimo possibile incidente della procedura di esecuzione immobiliare, del quale ci rimane a parlare.

Possiamo tuttavia limitarci a richiamare quanto abbiamo già esposto in linea generale su questo fenomeno (sopra, n. 349), con alcuni brevi chiarimenti sulle peculiarità, che esso presenta nell'esecuzione immobiliare. La legge non esclude che, dopo che un creditore abbia trascritto il suo precetto, altri possa chiedere ed ottenere a sua volta la trascrizione del proprio; però non può procedere oltre negli atti. Dispone infatti l'art. 661 cod. proc. civ., che, quando prima della vendita un altro creditore notifichi il precetto per agire sugli stessi beni immobili, il conservatore delle ipoteche, nel trascriverlo, fa menzione del precetto già trascritto, ma il secondo creditore non può proseguire gli atti per la spropriazione.

Se il secondo precetto comprenda maggiore quantità di beni, il primo creditore deve comprenderli tutti nella spropriazione; e quando sorgano contestazioni tra i due creditori, il tribunale che ha pronunziato la prima sentenza di spropriazione, decide quali dei due debba proseguire la spropriazione di tutti i beni compresi in essa.

Parrebbe logico e coerente a questo sistema che, in caso di negligenza del primo che ha trascritto (e anche in caso di pagamento, di rinuncia ecc.), dovessero essere ammessi a surrogarsi a lui gli altri trascriventi, che siano rimasti temporaneamente paralizzati dalla prevenzione della trascrizione del suo precetto.

La legge all'art. 575 dispone viceversa, che possono chiedere la surrogazione soltanto «i creditori iscritti», cioè gli ipotecarii. Il che, non ostante tutti gli sforzi di qualche interprete per superare la difficoltà, sembra escludere in modo irrimediabile i precettanti non ipotecari, mentre sembra ammettere viceversa alla surrogazione gli ipotecarii, anche non precettanti.

Resta soltanto a vedere, se il fatto, che altri abbia trascritto con precedenza, onde sia il solo autorizzato a proseguire nella spropriazione, tenga sospeso il termine di perenzione dei precetti trascritti posteriormente. A noi parrebbe di sì, cosicchè si possa arrivare almeno a questo risultato: che, quando, per negligenza del primo precettante,

il suo precetto cada in perenzione (direttamente o per riflesso della perenzione della istanza di spropriazione), senza che alcun ipotecario abbia chiesta la surrogazione, oppure quando il primo precettante venga pagato o rinunci, la efficacia degli altri precetti sia ancora viva, e il successivo precettante possa proporre senz'altro la domanda di autorizzazione a vendita, citando nel giudizio anche il primo, per far dichiarare la perenzione a suo carico o la sopravvenuta improcedibilità degli atti nei suoi riguardi. Ma anche questo è assai discutibile.

Quanto all'ipotecario che voglia chiedere la surrogazione, di regola dovrà citare, a questo effetto, il creditore procedente e il debitore esecutato, e far pronunciare la surrogazione per sentenza. La dizione dell'art. 675: «anche all'udienza», sembra tuttavia voler dire, che la surrogazione può esser chiesta anche nelle forme dell'intervento in causa, quando sia pendente una fase del procedimento, alla quale si applichino le forme del procedimento di cognizione (e perfino nella stessa udienza fissata per l'incanto, se a questa udienza non si faccia vivo il creditore procedente per chiederne l'apertura).

Quando la inerzia del creditore procedente si verifichi prima della citazione per autorizzazione a vendita, nulla vieta che si possa chiedere, cumulando i due oggetti, la surrogazione e l'autorizzazione a vendita, facendo l'offerta di prezzo.

Resta aperta la questione, se possa chiedere la surrogazione anche un ipotecario iscritto, ma non munito di titolo esecutivo, o un ipotecario il cui credito non sia liquido. Il che si riduce a vedere, se, quando vi sia surrogazione, il creditore surrogato proceda oltre, in base al proprio titolo (sebbene giovandosi degli atti di procedura altrui) o sia surrogato addirittura nel far valere il titolo esecutivo del primo procedente. Incliniamo per la seconda soluzione, ma riconoscendo che la cosa è discutibile.

Nel corso della graduazione, non c'è luogo a surroga, perchè qualunque creditore interessato può esercitare in modo autonomo il proprio impulso.

408 IL REGIME DELLA APPELLABILITÀ delle sentenze, risulta in gran parte da quanto siamo venuti dicendo. La regola purtroppo è sempre quella della appellabilità. Però l'art. 702 elenca una serie di eccezioni (fra le quali, più importanti: quelle che riguardano le sentenze sulla surroga, le sentenze che rigettino eccezioni di nullità o modificazioni, aggiunte ecc. alle condizioni di vendita, le sentenze di vendita e di rivendita).

L'appello deve proporsi nei quindici giorni dalla notificazione della sentenza, nelle forme dell'art. 703 e con la osservanza dei termini ivi indicati (anche in materia di opposizione di merito, senza distinguere), salvo che si tratti di sentenze su domande in separazione, per le quali valgono le norme ordinarie (art. 704).

Usciamo dal labirinto. Certamente non possiamo dire di averlo esplorato per tutti i canti. Ben lungi da questo. Ma ci illuderemmo di aver condotto per mano attraverso molti dei suoi giri e rigiri e d'aver lasciato un filo, dietro di noi, che serva a ritrovare la via quando occorra.

Anche questo era nel compito dei «profili pratici». E, con questo, il libro si chiude.

---

licenziato per le stampe il presente volume e dedicato in ispirito ai miei morti nel funebre decennale 27 Dicembre 1937.

E. R.

AVVERTENZA DELL'AUTORE

Questo mio trattatello, come risulta dalle prime parole con cui si apre, vorrebbe servire un po' a tutti (... quelli che già non ne sanno di più).

Perciò, tema per tema, esso comincia con l'offrire qualche sommario cenno informativo, e poi lo riprende e lo sviluppa con qualche maggiore dettaglio, con qualche esemplificazione più vasta, con qualche applicazione a casi più o meno dubbii. E dovrebbe riuscir possibile a ciascuno, secondo gli scopi ed i limiti dei propri studii, condurne a fondo la lettura, oppure qua e là sorvolare sui particolari senza perdere il filo, salvo, poi, tornarvi sopra, quando occorra, a scopo di consultazione.

Forse avrebbe giovato a questo scopo anche qualche altro accorgimento tipografico, ma ho preferito prima di tutto saggiare l'accoglienza che sia per avere il testo nella sua sostanza.

Per considerazioni analoghe, ma anche per ragioni editoriali, ho dovuto riservare ad un volumetto successivo quella trattazione del fallimento sotto specie di procedura, che pur fa parte del piano generale dell'opera.

E. R.

INDICE ALFABETICO PER MATERIA

a cura del dott. Federico Masé Dari

(*i numeri citati nel presente indice corrispondono ai numeri del testo*)

A

Abuso di foglio in bianco, 250.

Accertamento.
Pronuncia di —, 47.
Mero —, 49, 50, 89.
— negativo, 49, 78, 89.
v. *Pronuncia.*

Accesso giudiziale.
Nozione e funzione, 257.

Acquiescenza.
Significato, 273.
— alle sentenze, come preclusione di impugnative, 213, 273, 320.

Aggiudicatario.
La vendita giudiziale ed il trasferimento di proprietà nell' —, 342, 406.
Evizione dell' —, 342, 392, 406.
L' —, nella vendita immobiliare è costituito debitore del prezzo, 399, 403.
Pagamento del prezzo ai creditori, da parte dell' —; effetti, 403.
La rivendita forzata a carico dell' —, 404 (v. *Rivendita forzata*).
Secondo —, 404.

Aggiudicazione.
— provvisoria, 398.
Verbale d' —, 398.

Alimenti.
Impignorabilità degli assegni per —, 336.

Amministrazione pubblica (v. *Pubblica amministrazione*).

Amministrazione dello Stato.
Determinazione della competenza per territorio quando sia parte una —, 185, 191.

Ammissione del fatto.
Significato, natura, effetti, 237.
— e confessione, 237.
I poteri del procuratore in ordine all' —, 237.
Poteri delle parti in ordine all' —, 237.

Appello.
Fondamento e funzione del giudizio d' —, 191, 280.
Organi competenti per l' —, 191.
— proposto a giudice incompetente, 191.
Inderogabilità della competenza in ordine all' —, 191.
— nei procedimenti con domande cumulate, 158.
Sentenze che sono suscettibili d' —, e sentenze che non lo sono, 281.
Termini per proporre — e forme dell'atto introduttivo, 282, 320, 321.
— adesivo, 282.
— incidentale; nozione, effetti, forme, modulo, 282, 322.
L'intervento in —, 283.
La contumacia nel giudizio d' —, 268, 269.
Il divieto di domande nuove e l'ammissibilità di nuove prove in —, 283.
I poteri del giudice d' —; natura ed estensione, 284.
Rigetto dell' —, senza esame, 268.
Questioni pregiudiziali di rito nel giudizio d' —, 285.
Giudizio d' —, e rinvio della causa ai primi giudici; riassunzione della causa, 284, 285.
Effetti della perenzione nel giudizio d' —, 215.
— da sentenza pronunziata in

sede di opposizione a precetto, 307.
— da sentenze pronunciate nel procedimento esecutivo, 382, 402, 408.
v. *Corte d'appello*.

Appresiamento preventivo di mezzi di tutela dei diritti.
Scopo ed efficacia pratica dell' —, 133, 135, 148.
Forme e modi di —, 133 e segg.
Natura delle funzioni del giudice in ordine all' —, 134.

Arbitrato.
Nozione di —, 125.
Materie suscettibili di —, 125.
Fondamento pratico dell' —, 132, 149.

Arbitramenti.
Nozione e carattere degli —, 129.

Arbitrati liberi o irrituali.
Nozione e carattere degli —, 129 e segg.
Struttura ed effetti degli —, 130, 131.
Modalità per la costituzione degli —, 129, 131.

Arbitrati obbligatori, 132.

Arbitri.
Natura del rapporto fra le parti e gli —, 125.
Numero degli —, 125.
Designazione e nomina degli —, 125.
Necessità ed effetti della accettazione degli —, 125.
Poteri degli —, 125, 128.
Responsabilità degli —, 125.

Arbitri amichevoli compositori.
Poteri e funzioni degli —, 125.

Arbitratori.
Natura delle funzioni degli —, 129.

Arbitri liberi.
Funzione degli —, 130.
Natura del rapporto fra le parti e gli —, 131.

Arbitri conciliatori.
Caratteri e funzioni degli —, 259.

Assegnazione ai creditori.
L' —, come forma di spropriazione forzata, 104, 105.
Natura ed effetti dell' —, 346.
Casi in cui si può fare luogo all' —, 346, 374.
— e diritto di riscatto del debitore, 374.
— dei mobili invenduti al primo incanto, 376.
— di rendite temporanee o vitalizie, 390.
— di crediti, 105, 346, 390, 391.
— di crediti esigibili entro od oltre centoottanta giorni, 390.
— di crediti, salva esazione; natura, effetti, 391.

Assistenza in giudizio (v. *Rappresentanza od assistenza in giudizio*).

Assoluzione.
Nozione, carattere, contenuto, 49.
— dall'osservanza del giudizio, 267.

Asta (v. *Vendita giudiziale; Incanto*).

Atti amministrativi.
— di gestione e di impero, 98, 99.
Esecutorietà degli —, 98, 99.
La tutela dei diritti subbiettivi di fronte agli —, 99.
Illegittimità degli —, 100.
Tutela contro gli — illeggittimi, 100.
— come titoli esecutivi, 103, 331.

Atti giuridici.
L'onere della prova circa la validità degli —, 236.

Atti processuali.
Nozione ed elementi degli —, 295 e segg.
Peculiarità degli —, 195, 298, 309.
— e fatti, 295.
Gli —, sono compiuti dai soggetti del processo, 296.
Posizione esterna degli —, 297.
La volontà negli —, 298.
I vizii della volontà negli —, 298.
Il principio di responsabilità negli —, 298.
L'oggetto degli —, 299.
La causa degli —, 299.
Le forme degli —, 300 e segg.
Scrittura e oralità negli —; i verbali, 301.
— unilaterali, complessi, recettizii, 195, 301.

Comunicazione, notificazione, produzione degli —, 195, 301.
— da compiersi per mezzo di funzionarii o ufficiali giudiziali, procuratori o avvocati, 302.
Formule necessarie negli —, 303.
Preclusione degli —, 304.
Il regime temporale degli —, 304.
Il regime fiscale degli —; effetti, 305.
Tipi ed esempi di —, di parte (comparse, ricorsi), 306.
Figure definite di —, del giudice (decreti, ordinanze, sentenze), 307.
Inefficacia, inesistenza, invalidità, degli —; nozione, effetti, 195, 196, 308.
Regole legali sulla nullità degli —, 308.
Ripercussione e sanatoria della nullità degli —, 196, 197, 198, 308.
La nullità assoluta degli — come motivo di cassazione, 286.
Rinnovazione degli — nulli, 308.

Atto pubblico.
Significato e concetto di —, 248.
Forma, contenuto, documento dell' —, 248.
Originale e copie autentiche dell' —, 248.
Efficacia probatoria dell' —, 248.
L'impugnazione per falso dell' —, 248 (v. *Querela di falso; Falso in atto pubblico*).
— e certificazione di pubblici funzionari, 249.
— come titolo esecutivo, 103, 332.

Attore.
Significato; funzione dell' —, 90, 154, 175, 226.
Il problema pratico della competenza, nei rapporti dell' —, 175.
La contumacia dell' —, 267, 268, 270.

Attribuzione (conflitti di —)
La Corte di cassazione a s. u. come giudice dei —, 102.

Aumento di sesto, 398.

Ausiliarii dell'autorità giudiziaria.
Figura, funzioni e poteri degli —, 170.

Autorità giudiziaria.
Significato di —, 165.
Gli organi ed uffici dell' —, 165 e segg. (v. *Organi ed uffici*).
Soggetti ausiliari dell' —, 170.
Tipi degli organi dell' —, 171 e segg.
Composizione degli organi dell' —, 171 e segg.
Sedi degli organi dell' —, 172.
Estremi della legittima costituzione degli organi dell' —, 173.
La competenza degli organi dell' —, 174 e segg. (v. *Competenza*).
Organi ed uffici dell' — nei procedimenti d'esecuzione forzata particolare, 348, 394.

Avvocati.
Fondamento del ministero degli —, 206.
Natura del rapporto che intercorre tra gli — e le parti, 209.
Funzione, poteri e diritti degli —, 209, 264.
Necessità del ministero degli — nei procedimenti avanti la Corte di cassazione, 209.
La distrazione delle spese a favore degli —, 265.

Azione (in generale).
— privata, 42, 60 e segg. (v. *Azione privata civile*).
— pubblica, 41, 61, 147.
— pubblica su querela di parte, 43, 147.
— pubblica, come azione-attività, 63.
— pubblica, come condizione per l'applicazione di sanzioni penali, 41, 43, 90.
Estensione soggettiva del giudicato emesso su — pubblica, 80.

Azione (privata civile).
Significati diversi dati al nome «azione», 63.
Terminologia relativa all' — usata nel corso della trattazione, 63.
— come condizione per l'applicazione di sanzioni civili, 42, 56, 60, 90.
— come diritto soggettivo tipico correlativo di una soggezione, 61 e segg., 72.
— come diritto di provocare la applicazione di una sanzione a carico d'altri (azione-diritto), 61, 63, 64.

— come affermazione (pretesa) di un diritto all'applicazione di sanzioni (azione-pretesa o azione-affermazione) 61, 62, 63, 67, 152.
— come attività necessaria per provocare l'applicazione di sanzioni (azione-attività), 62, 63.
Posizione del giudice rispetto all'azione-diritto, 61.
Posizione del giudice rispetto all'azione-pretesa, 62, 67.
Posizione del giudice di fronte all'azione-attività, 62.
Rilevanza giuridica, carattere e fondamento dell'azione-pretesa, 61, 62.
Relazione tra azione-attività, azione-pretesa, azione-diritto, 63.
Elementi costruttivi dello schema dell'azione-diritto, 64, 65.
L'interpretazione della legge nella costruzione delle figure di azione 65.
Configurazione di figure d' —, 65.
Azioni reali, personali, possessorie, di stato, 66.
Azioni dichiarative, costitutive, di condanna, 66.
— esecutiva (azione-diritto); nozione e presupposti, 66, 325.
— esecutiva (azione-pretesa), 325.
— esecutiva (azione-attività), 325.
Efficacia ed infondatezza dell'azione-pretesa esecutiva; conseguenze, 325.
L'azione-pretesa come affermazione o proposizione di diritti tipici, 67.
Necessità di configurare l'azione secondo le figure legali (tipiche), 67, 70.
Influenza delle figure legali (tipiche) di — sulla determinazione della competenza, 67.
Soggetti attivi e passivi dell' —, 64, 65, 67.
Nascita dell' —, 70, 100.
L' —, in relazione all'eccezione, 68.
L'esercizio dell' —, 70, 71.
Effetti dell'accoglimento di una azione-diritto, 71, 76.
Effetti del rigetto di una azione-pretesa, 71, 231.
Effetti sull' — del suo esercizio in giudizio (pendenza dell' —), 71.
Effetti dei provvedimenti di condanna sull' —, 71.
La disposizione dell' —, 72.
L'esercizio dell' — come facoltà dei soggetti attivi, 61, 72.
L'esercizio dell' — come invocazione del giudice, 72.
La rinuncia all' —, 72, 119.
Azioni rinunciabili, 72.
Effetti della rinuncia all' —, 72, 76, 119.
Posizione del giudice di fronte all' — rinunciata, 72.
Requisiti del negozio di rinuncia all' —, 72.
La transazione come negoziazione dell' —, 72.
Rapporti fra la disposizione dell' — e il diritto soggettivo sostanziale, 72.
Atti di disposizione in ordine al modo ed al tempo dell'esercizio dell' —, 72, 228.
Effetti degli atti di disposizione (in ordine al tempo e al modo di esercizio dell' —), 72.
Atti di disposizione relativi alle modalità procedurali dell'esercizio dell' — (compromesso, deroga convenzionale alla competenza territoriale, ecc.), 72, 178.
La precostituzione o la rinuncia di prove, come atti di disposizione dell' —, 72.
La costituzione di diritti di prelazione reali, come atti di disposizione dell' —, 58, 72.
La disponibilità dell'azione-pretesa, 72.
La successione nell' — 73, 220, 221.
— suscettibili di successione, 73.
Successione nell' — a titolo universale; nozione ed effetti, 71, 73.
Nozione del fenomeno della successione nell'azione-pretesa; effetti, 73.
Pluralità di successori nell' —, 73.
Successione a titolo particolare nell' —; nozione ed effetti, 71, 74, 75.
Estinzione dell' —, 76.
Esaurimento dell' — come causa della sua estinzione, 71, 76.
Gli atti di disposizione, come cause di estinzione dell' —, 72, 76.
L'estinzione del diritto soggettivo sostanziale, come causa di estinzione dell' —, 76.
La morte delle parti, come causa d'estinzione dell' —, 76.
La decadenza e la prescrizione, come cause d'estinzione dell' —, 76, 213.
Le cause d'estinzione, come motivi di rigetto dell' — 72, 76.
Rapporto fra — e giudicato, 77 e segg., 81.
Il giudicato come dimostrazione d'infondatezza dell' —, 78.
Effetti del giudicato sui motivi dell' —, 79, 234.
La successione nel giudicato come successione nell' —, 82.
Coordinamento dell'esercizio dell' — e dell'azione penale, 90, 91.
Natura dell' — in ordine ai provvedimenti cautelari, 97.
L'esercizio dell' — di fronte agli atti d'impero della pubblica amministrazione, 99.
Esercizio dell' — del fallito, 112.
— unica con pluralità di parti, 155.
Connessione di —, 153, 156, 187.
Dipendenza d' —, 156.
La definizione dell' — come compito del giudice, 181.
— principale ed accessoria rispetto alla determinazione della competenza, 187.
Perenzione del procedimento e suoi effetti sull' —, 214.
La proponibilità dell' —, 231 e segg.
Fondamento di merito dell' —, 234.
Decisione sul fondamento dell' —; significato, 234.

Azione riconvenzionale (v. *Riconvenzione*).

Azioni industriali.
Espropriazione forzata di —; forme della vendita, 375.

Azione reali mobiliari ed immobiliari.
Competenza in ordine alle —, 180, 184, 185.

Azioni personali mobiliari ed immobiliari.
Competenza in ordine all' —, 180, 185.

B

Bando di vendita.
Contenuto, forme, notificazione del — mobiliare, 375.
Contenuto, forme, notificazione del — immobiliare, 397.

Beni.
I — singoli come oggetto su cui cadono le esecuzioni particolari, 56 e segg., 324, 335 e segg.
Effetto dei diritti di prelazione riguardo ai —, 58.
Individuazione dei — ai fini dell'esecuzione particolare, 104, 361 e segg.
— destinati a pubblici servizi, 335.
— assoggettabili e non assoggettabili a espropriazione forzata particolare, 335.
— impignorabili (casi ed esempi), 336.
— in condominio (esecuzione forzata sui —), 337.
— di un patrimonio comune (esecuzione sui —), 337.
Scelta dei — da colpire con l'esecuzione, 338, 370.
Quantità e valore dei — da colpire con esecuzione, 338.
Effetti della natura giuridica e della situazione dei — in ordine alle procedure d'espropriazione, 339.
Alienazione di — colpiti da pignoramento, 341, 392.

C

Cambiali.
— come titoli esecutivi, 332, 358.
Pignoramento e vendita di —, 374.

Cancellazione dal ruolo.
Significato, modalità, effetti della —, 211, 315.

Cancelliere.
Funzioni e poteri del — e loro limiti, 166, 167, 169.
Funzioni del — nei procedimenti d'espropriazione forzata particolare, 348.
Capacità di esser parte, 193.
Capacità di stare in giudizio (rappresentanza, assistenza).
Significato e concetto, 194.
Capacità in ordine al diritto sostanziale e —, 194.
La rappresentanza e l'assistenza come integrativi della —, 195 e segg.
Influenza del difetto di capacità o rappresentanza delle parti sugli atti del giudizio, 195, 196 e segg.
Rilevabilità d'ufficio del difetto di —, 196, 198.
Il difetto di — può essere rilevato anche dalla parte capace, 196, 198.
Conseguenze rispetto alla parte capace della nullità degli atti compiuti dalla parte incapace, 196, 198.
Sanatorie delle nullità derivanti dal difetto di — (espresse, tacite; per preclusioni), 197, 198.
La — come presupposto di una valida trattazione del merito, 199, 228.
Responsabilità in ordine agli atti nulli per difetto di —, 199.
Necessità della permanenza della — per tutto il corso del processo, e sue conseguenze, 204, 222.
Mutamento di — e suoi effetti sul procedimento in corso, 222.
— nel procedimento d'espropriazione forzata particolare, 352.
v. *Rappresentanza o assistenza in giudizio.*
Cassazione.
Funzione della —, 286.
I motivi per cui si fa luogo alla —; diversi effetti del loro accoglimento, 286.
Sentenze impugnabili per —, 287.
Il ricorso, come atto di impugnazione per —, 287.
Requisiti del ricorso per —, 287.
I termini nel giudizio di —, 287.
Ricorso per — adesivo, 287.
Ricorso per — condizionato, 287.
Il controricorso per —, 287.
Poteri della corte di —, 287.
Nel giudizio di — non ha luogo la perenzione, 216.
L'impulso d'ufficio nei giudizi di —, 211.
— con o senza rinvio e suoi effetti in ordine alla competenza, 192.
— con rinvio e suoi effetti sul rapporto processuale, 192.
La — senza rinvio determina la chiusura del procedimento, 212.
— e secondo rinvio, 192.
Ricorso per — da sentenza del giudice di rinvio, 192.
Il rigetto del ricorso per — determina la chiusura del procedimento, 212.
v. *Corte di Cassazione.*
Causa.
La — come lite portata avanti ai giudici, 69.
La decisione della — come compito del giudice, 69.
Chiamata in —, 157.
Iscrizione della — a ruolo, 314.
Chiamata della — all'udienza, 314.
Rinvio della —, 315.
Cancellazione della — dal ruolo, 315.
Spedizione della —, 317.
Trattazione e discussione orale della —, 319.
Decisione della —, 319.
Riassunzione della — 315, 323.
Cautelari (Provvedimenti —), (v. *Provvedimenti*).
Certificazione di pubblici funzionari.
— non costituiscono atto pubblico, 249.
Chiamata in garanzia.
Nozione, 160.
— come caso d'intervento coatto a istanza di parte, 159, 160, 187.
— a scopo ausiliario e a scopo di rilievo e suoi diversi effetti, 160.
—; sostituzione del garante al garantito, 160.
— e la competenza per connessione, 187, 188.
— effettuata in primo grado e suoi effetti sul regime dell'impugnativa, 279.
Circondario (v. *Tribunale*).
Citazione.
La — come atto iniziale del processo, 92, 210.
— come atto di parte, da compiersi per ministero d'ufficiale giudiziario, 302, 311.
Notificazione della — 210, 313.
Effetti della — notificata, 210, 313.
Effetti della — intimata da o a persona incapace, 198.
La — come atto interruttivo della prescrizione, 210.
La — determina la prevenzione, 186, 210.
La — fa sorgere il rapporto giuridico processuale, 210.
— in riassunzione, in seguito ad interruzione del procedimento, 220, 221, 222.
Rinnovazione della — per morte delle parti antecedente alla comparizione, 221.
Dichiarazione d'ufficio della nullità della — in caso di contumacia del convenuto, 269.
Rinnovazione della — in caso di contumacia del convenuto; effetti, 269.
Nullità della — 308, 313.
Il problema pratico di redigere una —, 311.
Forme e contenuto della —, 210.
Elementi e requisiti della —, 311.
Modulo esemplificativo di —, 312.
— per la vendita giudiziale degli immobili; contenuto, 395, 396.
Clausola compromissoria.
Contenuto della —, 125.
Effetti della —, 125, 228.
Cognizione (in generale).
Scopo della —, 89.
Contenuto della —, 89.
Differenza tra — civile e penale, 90.
Coordinamento della — penale e civile, 91.
Cognizione civile.
Caratteri tipici della —, 90.
L'azione privata come presupposto della —, 90.

Posizione delle parti nella —, 90.
Poteri del giudice nella —, 90.
Il principio dispositivo nella — e sua giustificazione, 90.
Facoltà delle parti nella — di precostituirsi le prove, 90.
Differenze tra la — e quella penale, 90 e segg.
Coordinamento della — e di quella penale, 91.
Casi di subordinazione della — a quella penale, 91.
Sospensione della —, 91, 147, 219.
v. *Procedimento ordinario di cognizione civile.*
Cognizione penale.
L'azione pubblica come presupposto della —, 90.
Poteri del giudice nella —, 90.
Funzioni e poteri del pubblico ministero nella —, 90.
Posizione dell'imputato nella —, 90.
Il principio inquisitorio nella —, 90.
Differenza tra la — e quella civile, 90 e segg.
Coordinamento della — e di quella civile, 91.
Casi di prevalenza della — su quella civile, 91.
Sospensione della — per la risoluzione di questioni pregiudiziali civili, 91.
Collocazione.
Domanda di —; natura, scopo, 326.
Invito a presentare domanda di —; ragioni, 400.
— e subcollocazione, 400.
Le note di —; nozione, funzione, 105.
Spedizione delle note di —, 402, 403.
Pagamento delle note di —; effetti, 403.
Comparizione tardiva (v. *Contumacia*).
Comparsa.
Funzione, contenuto e forma della —, 306, 317.
Scambio fra le parti e comunicazioni al giudice della —, 306, 317.
— aggiunta, 306, 317.
Il problema pratico di redigere una —, 317.

Modulo esemplificativo di —, 317.

Compensazione.
L'eccezione di — come eccezione riconvenzionale; suoi effetti sulla competenza, 182, 187.
Condanna provvisionale con riserva delle eccezioni di —, 182.

Competenza (in genere).
Significato e concetto di —, 174.
La determinazione della — come problema pratico delle parti, 92, 175.
Determinazione della — in base alle varie figure di azioni, 67.
— come presupposto di una valida trattazione di merito, 175, 228.
Difetto di — e sue conseguenze, 175.
— originaria e successiva, 175, 190 e segg.
Ordini di —, 176 e segg.
— inderogabile e derogabile (assoluta e relativa) e suoi diversi effetti, 177, 178.
— del giudice a giudicare la propria competenza, 179.
Efficacia della sentenza con cui il giudice afferma o nega la propria —, 179.
Conflitti di — e loro rimedi, 179, 192.
Il regolamento di —; significato, forme, effetti, 179, 186, 188.
Il regolamento di — come mezzo di impugnativa di sentenze irrevocabili, 179.
Effetti del regolamento di — sul rapporto processuale, 190.
Casi di deroga alla — ordinaria, al fine di riunire le cause connesse, 187.
Il difetto assoluto di — come motivo di cassazione, 286.
Il difetto di — dei giudici di primo o secondo grado, come motivo di cassazione, 286.
— in ordine ai giudizii d'esecuzione, 369, 393.

Competenza per materia e valore.
Inderogabilità della —; fondamento ed effetti, 177.
Temperamenti al principio della inderogabilità della — e loro natura, 177.
Rilevabilità d'ufficio del difetto di —, 177.
— dei conciliatori; dei Pretori; dei Tribunali; delle Corti d'appello, 180.
Determinazione della materia e del valore agli effetti della —, 181 e segg.
Influenza delle eccezioni riconvenzionali sulla determinazione della —, 182.
Calcolo del valore agli effetti della —, 183.
Stima del valore, agli effetti della —, 184.
— in ordine ai giudizi di esecuzione, 369, 393.

Competenza per territorio.
Derogabilità della —, 178.
Deroga alla —, mediante elezione di domicilio unilaterale e bilaterale, 178.
La deroga convenzionale alla — come atto di disposizione dell'azione, 72, 178.
Effetti della derogabilità della —, 178.
Non rilevabilità d'ufficio del difetto di —, 178.
Rinuncia e preclusione della eccezione di difetto di —, 178.
Eccezioni alla derogabilità della —, 178, 185.
— degli organi della autorità giudiziaria, 172, 185.
Determinazione della —, 185.
Determinazione della — in caso di sconosciuto domicilio, residenza, dimora del convenuto, 185.
Determinazione della — quando sia parte una amministrazione dello Stato, 185, 191.
— in ordine ai giudizi d'esecuzione, 369, 393.

Competenza per continenza o connessione.
Fondamento della —, 176, 186.
Casi in cui si verifica la —, 186 e segg.
I mezzi per attuare la —, 186 e segg.
L'prevenzione e litispendenza, nei riflessi della —, 186.
— rispetto a pluralità di convenuti, 187.
— rispetto alle azioni accessorie, 187.
— rispetto alla chiamata in garanzia, 187.

— rispetto all'azione in riconvenzione, 187.
Riunione di cause diverse per effetto della —, 188.
Effetti della —, 186 e segg.

Competenza per accessorietà.
Casi e effetti di —, 189.

Competenza successiva.
— in seguito a regolamento di competenza, 190.
— in relazione alle impugnative di sentenza, 191 e segg.
— in seguito al giudizio di cassazione, 192.
— del giudice di rinvio, 192.

Componimenti amichevoli (v. *Regolamento convenzionale*).

Compravendita commerciale.
Esecuzione stragiudiziale della —, 117.

Compromesso.
Contenuto, caratteri e requisiti del —, 125.
— come atto di disposizione dell'azione e dell'eccezione, 72.
L'atto scritto come condizione di validità del —, 125.
Effetti del —, 125, 228.

Conciliazione delle parti.
Fondamento e scopo della —, 120.
— come modo di regolamento convenzionale delle proprie ragioni, 120.
Tentativo obbligatorio di —, 120.
Organi e uffici per la —, 120.
— come materia di giurisdizione volontaria, 120.
Il verbale di — come titolo esecutivo e come scrittura privata riconosciuta, 120, 330.
— nel corso del giudizio, estingue il procedimento, 218.

Conclusioni.
— principali e subordinate, 306.
Necessità delle —, 306.
Modulo esemplificativo di —, 317.
Lettura delle —, 319.

Concordato (in genere).
Nozione di —, 122.
— come regolamento convenzionale delle proprie ragioni, 122, 124.
Fondamento e scopo del —, 124.
Caratteri delle funzioni dell'autorità giudiziaria, in ordine al —, 124.

Concordato amichevole stragiudiziale.
Natura, contenuto ed effetti del —, 122.

Concordato fallimentare.
Contenuto ed effetti del —, 123.
Omologazione del —, 123.
Condizioni per l'obbligatorietà del —, 123.
— come causa di cessazione del fallimento, 112, 123.

Concordato preventivo.
Caratteri del —, 123.
Condizioni per l'ammissibilità della proposta di —, 123, 124.
Schema del procedimento di —, 123.
Omologazione del — e sue condizioni, 123.
Effetti del —, 112, 123.
Risoluzione del —, 123.

Concorso di creditori.
— nella espropriazione mobiliare, 105, 326, 344, 378 e segg.
— nell'espropriazione immobiliare, 400 e segg.

Condanna (v. *Provvedimenti*).

Condominio.
Esecuzione forzata su beni in —, 337.

Confessione.
Significato, 243.
— giudiziale e stragiudiziale, 243.
— e ammissione del fatto, 237, 243.
La — stragiudiziale come atto di disposizione dell'azione o dell'eccezione, 72.
— stragiudiziale e la strumentazione preventiva dei proprii diritti, 135, 243.
Efficacia probatoria della —, 243, 244.
Volontarietà della — (*animus confitendi*), 243.
Indagine della volontarietà della — giudiziale, 243.
Rivocabilità della —, 243, 298.
Requisiti di capacità in ordine alla —, 243.
— giudiziale e l'incapacità della parte cui è diretta, 195.
Requisito per la — fatta dal procuratore legale, 243.
Inscindibilità della —, 243.
Facoltà della parte cui è resa, di

fornire la prova contraria alla —, 243.
Onere della prova della — stragiudiziale o resa in altro processo, 244.
Oggetto della —, 244.
— e negozî giuridici d'accertamento, 245, 332.
— e riconoscimento di domande o di eccezioni, 218, 245.
L'interrogatorio come mezzo per provocare la — giudiziale, 246.
Finzione legale di — per mancata risposta all'interrogatorio e prova contraria, 246.

Conflitti collettivi di lavoro.
Natura delle funzioni dei giudici in ordine ai — e contenuto delle loro pronuncie, 143.

Connessione.
Significato del termine e casi di —, 153, 156.
— delle domande riconvenzionali, 153.
— fra diverse azioni, 156.
— per dipendenza d'azioni, 156.
— di procedimenti per unità di questioni giuridiche, 156.
Competenza per —, 186 e segg. (v. *Competenza per —*).

Continenza (v. *Competenza per — e connessione*).

Contraddittorio.
Formazione e funzione del —, 90, 154, 210.
Integrazione del —, 155, 161, 221, 275 e segg. (v. *Integrazione*).
Riapertura del —, 270 (v. *Contumacia*).

Controricorso (v. *Cassazione*).

Controversie individuali del lavoro.
Il tentativo di conciliazione nelle —, 120.
Competenza sull'appello da sentenze di pretura in materia di —, 191.

Contumace (v. *Contumacia*).

Contumacia.
Significato, 214, 266.
— dell'attore nella fase iniziale di primo grado; effetti, 267.
Effetti della — dell'attore, nella fase iniziale di primo grado, rispetto ai giudizii con pluralità di parti, 267.
— dell'attore, nelle fasi di impugnativa e di rinvio; effetti, 268.
— del convenuto e di più convenuti, 269.
Effetti della — del convenuto, rispetto all'attore e al giudice, 269.
— e la comparizione tardiva; effetti, 270.
La notificazione degli atti processuali al contumace, 270.
— nei procedimenti d'esecuzione forzata particolare, 354.
v. *Opposizione del contumace; Citazione.*

Convenuto.
Nozione di —, 90, 154.
La contumacia del —, 269, 270.

Copialettere e copiafatture.
Efficacia probatoria dei —, 254.

Corte d'appello.
Composizione della —, 171.
Il distretto come circoscrizione della —, 172.
La competenza esclusiva della —, 180.
La competenza per territorio della —, 185.
Competenza della — in ordine all'appello da sentenze del Tribunale, 191.
Competenza della — in ordine all'appello da sentenze di pretura, in materia di controversie individuali del lavoro, 191.
Necessità del ministero dei procuratori legali, nei procedimenti avanti le —, 206.

Corte di Cassazione.
Composizione della —, 171.
La — come giudice sovrano della competenza, 179, 192.
Necessità del ministero degli avvocati nei procedimenti avanti la —, 209.
L'impulso d'ufficio nei procedimenti avanti la —, 211.

Cosa giudicata (v. *Giudicato*).

Costitutivi (provvedimenti —) (v. *Provvedimenti*).

Costituzione in giudizio.
Significato, funzione, effetti della —, 207, 210, 266.
Effetti della mancata — di tutte le parti, 266.

Modalità della —, 314.

Crediti.
Esecuzione forzata sui —, 339.
Assegnazione dei —, 105, 346, 390, 391.
Cessione di — e successivo pignoramento, 388.
Assegnazione di — salva esazione, 391.

Credito.
— come estremo dell'azione esecutiva, 325, 328.
Certezza e esigibilità del —, 328, 329, 334.
Liquidità del —, 328, 329, 334.
— di cose fungibili, 328.
— condizionato e titolo esecutivo, 329.

Creditore procedente.
Possibili risultati dell'esecuzione per il —, 324.
Al — spetta la scelta dei beni da colpire, 338, 370.
Legittimazione esclusiva del — all'esecuzione, 324, 349.
Funzione ed oneri del —, 349.
La surrogazione del —, 349, 383.
La surrogazione del — nella esecuzione immobiliare, 407.

Creditori.
Diritti dei — sui beni del debitore, 57.
La *par condicio* dei — nel fallimento, 54.
Intervento, iniziativa, trattamento dei — nel fallimento, 54, 55.
Effetti del principio dell'eguaglianza dei — nell'espropriazione forzata particolare, 57, 324.
L'intervento dei — nell'espropriazione forzata particolare, 57, 378 e segg., 400 e segg.
Trattamento dei — nell'espropriazione forzata particolare, 57, 378 e segg., 400 e segg.
L'iniziativa dei — nelle esecuzioni particolari, 56, 57.
Poteri dei — aventi diritti di prelazione speciali, 58.
Versamento ai — del ricavo della vendita giudiziale, 345.

Creditori chirografarii.
— nell'espropriazione contro il terzo proprietario, 106.
Intervento adesivo dei — dell'acquirente, nel giudizio per risoluzione dell'acquisto, 159.
Collocazione dei — nello stato di reparto, 379.
Collocazione dei — nello stato di graduazione, 401.

Creditori ipotecarii.
— nell'espropriazione forzata particolare, 57, 105, 400 e segg.
— nell'espropriazione contro il terzo proprietario, 106.
Intervento dei — nel giudizio di graduazione, 400.
Collocazione dei — nello stato di graduazione, 401.
— e la surrogazione del creditore procedente, 407.

Creditore pignoratizio.
Espropriazione del bene gravato da pegno, presso il —, 109.

Creditori privilegiati (v. *Privilegi*).

Cumulo e abbinamento.
— come modi per costituire un giudizio unico con pluralità di parti, 157.
— di domande connesse e non connesse e suoi diversi effetti 153, 157, 158.
— di domande e di procedimenti, 153, 157.
— originario e successivo, 157.
Forme e modi del —, 157.
Effetti diversi del —, 157, 158.
— e successiva scissione, 157, 158.
Casi ed esempi di —, 157, 158 e segg.

Custode di cose pignorate.
Nomina del —, 370.
Funzioni, obblighi, diritti del —, 371.
Surrogazione del —, 371.

D

Danni (v. *Responsabilità per —*).

Debito pubblico (rendite del —), 110, 336.

Debitore.
— nel fallimento, 54.
— nell'esecuzioni particolari, 56 e segg., 105.
— esecutato; sua posizione e suoi oneri, 350.

Atti che devono essere notificati al —, esecutato, 350.
Morte del — esecutato; suoi effetti, 355.
Posizione del — esecutato rispetto alla azione in separazione ed al giudizio di propalazione, 384, 386.
Opposizioni del — esecutato nella esecuzione mobiliare, 347, 350, 382.
Opposizioni del — esecutato nella esecuzione immobiliare, 396, 405.
Il — esecutato come sequestratario degli immobili pignorati, 392.

Decadenza.
— come causa d'estinzione dell'azione, 76.
— come eccezione rilevabile d'ufficio, 76.

Decreto.
Nozione, contenuto, requisiti del —, 307.
— penale, 40, 52.

Delibazione di sentenze e documenti stranieri.
Natura, contenuto ed effetti dei procedimenti e provvedimenti di —, 139.
— come materia di competenza esclusiva delle Corti d'appello, 180.

Denuncia di nuova opera e di danno temuto.
— come richiesta di provvedimenti cautelari, 97.
Competenza in ordine alle azioni di —, 180, 185.

Dichiarativi (provvedimenti —) (v. *Provvedimenti*).

Difesa stragiudiziale delle proprie ragioni.
Fondamento e limiti della —, 115.
Casi ed esempi tipici di —, 116.
Modi reattivi di —, 116, 117, 147.
Tutela contro l'illegittima —, 117.
Modi conciliativi di —, 118 e segg.

Dimora.
— del convenuto, agli effetti della competenza per territorio, 185.
— agli effetti delle notificazioni, 313.

Diritto positivo.
Richiami alla nozione di —, 6 e segg.
— come ordine di norme, 6, 7.
— come regolamento di fenomeni in atto, 8, 9.
La scienza del giudice in ordine al —, 224.
La violazione del —, come motivo di cassazione, 286.

Diritto processuale.
Nozione di —, 87.

Diritto soggettivo.
— come correlativo di un dovere o di una soggezione, 9, 45, 61.
Nascita, trasferimento, trasformazione, estinzione del —, 11, 224.
Facoltà di disporre del —, 11.
L'azione privata come —, 61 e segg.
Apparenza ed affermazione (pretesa) di un —, 62, 133.
La violazione di un — come condizione per la nascita di un'azione, 70.
Rapporti fra la disposizione dell'azione o dell'eccezione ed il — sostanziale, 72.
Successione nel — e successione nell'azione, 73, 74.
Il — di fronte alla pubblica amministrazione, 99.
Mezzi preventivi di tutela del —, 133 e segg.

Diritti soggettivi tipici.
Cenni sulla nozione e configurazione dei —, 10, 11.
Cenni sull'attuazione concreta dei —, 11.
Atteggiamenti dei —, 14.
L'azione — diritto, come —, 64.

Diritti soggettivi atipici o amorfi, 14.

Diritto soggettivo d'azione (v. *Azione*).

Diritti di prelazione.
Nozione dei —, 58.
Effetto dei —, 58, 104.
— speciali e generali, 58.
Il pegno, l'ipoteca e il privilegio, come —, 58.
Particolari effetti dei — speciali, 58.
Effetti dei — speciali, nei confronti del terzo proprietario (terzo possessore), 58.

— in rapporto al diritto d'azione, 38, 58, 72.
La costituzione di — reali come atto di disposizione dell'azione, 72.

Diritto di ritenzione.
— come modo di difesa stragiudiziale delle proprie ragioni, 116.

Distanze di alberi e siepi.
Competenza in ordine alle azioni per l'osservanza di —, 180, 185.

Distretto (v. *Corte d'Appello*).

Documenti.
Il deposito dei — agli effetti della spedizione della causa, 315.
Produzione e comunicazione dei — (modalità), 316.

Domanda.
— come proposizione di un'azione, 152.
Pluralità di oggetti in unica —, 153.
Pluralità di — in un unico procedimento, 153, 155.
— come limite della pronuncia del giudice, 90, 152, 226.
— riconvenzionale (v. *Riconvenzione*).

Domicilio.
Effetti dell'elezione di — rispetto alla competenza per territorio, 178.
— del convenuto agli effetti della competenza per territorio, 185.
Elezione di — e notificazione degli atti processuali, 314.
— agli effetti delle notificazioni, 313.

Dovere, 9, 45.

E

Eccezione.
— in senso processuale, 68.
— in senso sostanziale (concetto), 68.
— in relazione all'azione, 68.
— come diritto soggettivo tipico dei soggetti passivi dell'azione, 68, 72.
— come diritto e come affermazione, 68.
Posizione del giudice di fronte all'—, 68.
— rilevabile solo su istanza di parte (— in senso distrettissimo), 68, 76.
— rilevabile d'ufficio (— in senso proprio), 68, 76.
L'attività della parte rispetto alle eccezioni rilevabili d'ufficio, 68, 76.
La rinuncia all'—; natura, caratteri, requisiti, 72.
Eccezioni rinunciabili, 72.
Effetti della rinuncia all'—, 72.
Posizione del giudice di fronte all'— rinunciata, 72.
Rapporti fra la disposizione dell'— ed il diritto soggettivo sostanziale, 72.
Atti di disposizione in ordine al modo ed al tempo dell'esercizio dell'—, 72.
Atti di disposizione relativi alle modalità procedurali dell'esercizio dell'—, 72.
La precostituzione o la rinuncia di prove, come atti di disposizione dell'—, 72.
Il giudicato come dimostrazione d'infondatezza dell'—, 78.
Il giudicato assorbe la — non dedotta, 79.
— riconvenzionale, 182.
Limiti della proponibilità della — riconvenzionale, 226.
L'influenza della — sulla determinazione della competenza per valore, 182.
Influenza della — sulla materia del contendere, 226.
— pregiudiziale di rito, 228, 229, 230.
I provvedimenti in ordine alla — pregiudiziale di rito (forme; effetti), 230.
La proponibilità dell'—, 231 e segg.
v. *Azione privata civile.*

Enfiteusi.
Stima del valore del diritto dell'enfiteuta e del concedente agli effetti di determinare la competenza, 184.

Esecuzione forzata (in genere).
Significato del termine —, 53.
— come modo di attuazione delle sanzioni, 46, 51, 103.
— che attua una sanzione «in

natura », 53.
— che attua una sanzione in via sostitutiva, 53.
— particolare, 53, 56, 103, 324 e segg. (v. *Espropriazione forzata particolare*).
— universale, 53 e segg.
Il fallimento come — universale, 54 e segg.
Effetto dei diritti di prelazione nella — universale, 58.
Effetti della riforma o annullamento delle sentenze, in base alle quali si è agito in —, 292 e segg.

Esecuzione forzata particolare « in natura ».
— come sanzione che attua un soddisfacimento diretto, 53, 59, 103.
— con effetto traslativo di proprietà, 59.
— rispetto alle obbligazioni di fare o di non fare, 59.
L'esecuzione per consegna o rilascio come —, 59.

Esecuzione per consegna o rilascio.
— come sanzione esecutiva che si attua « in natura », 59.
Schema del procedimento di —, 107.

Esecuzione forzata stragiudiziale.
— della compravendita commerciale, 117.
— in ordine al mandato, al trasporto, ed altri contratti, 117.

Esecuzione provvisoria di sentenze (v. *Provvisoria esecuzione*).

Espropriazione forzata particolare.
Fondamento giuridico dell'—, 57.
— come sanzione che si attua mediante una sostituzione (soddisfacimento in danaro), 56, 103.
— come sanzione che investe i singoli beni del debitore, 56 e segg., 324.
L'azione privata come condizione dell'—, 56, 57, 324.
— come sanzione per tutti i debitori, 57.
Effetti del principio dell'eguaglianza dei creditori nella —, 57, 324.
L'intervento dei creditori nella —, 57, 105, 378 e segg., 396, 400 e segg.
Trattamento dei creditori nell'—, 57, 105, 324.
Il fallimento come possibile conseguenza di una — contro commercianti, 57.
L'iniziativa dei creditori nell'—, 57, 324.
Il titolo esecutivo come presupposto della —, 57, 59, 103, 324.
Effetto dei diritti di prelazione nella —, 58.
Schema fondamentale del procedimento di —, 104 e segg.
Interferenza dell'— nel fallimento, 112.
Responsabilità per — infondata, 325, 366.
Oggetto dell'—, 335.
Beni suscettibili di — e beni che non lo sono, 335 e segg.
— dei beni in condominio, 337.
— sui singoli beni di un patrimonio comune, 337.
Cumulo di — mobiliare ed immobiliare; eccesso e riduzione, 338.

Espropriazione forzata degli immobili.
Schema del procedimento di —, 105.
Contenuto ed effetti del precetto per —, 105, 361.
Sospensione dell'esecuzione per —, 361.
Il pignoramento nell'—, 392 e segg.
Uffici ed organi che presiedono alla —, 393.
La vendita giudiziale nell' —, 395 e segg.
La ripartizione del prezzo nella —, 400 e segg.
Opposizione ed eccezioni di nullità del giudizio di —, 405.
L'azione in separazione nella —, 406.
La surrogazione del creditore procedente nella —, 407.
— a carico del terzo proprietario, 106.

Espropriazione forzata dei mobili.
Schema del procedimento di —, 105.
Scelta dei beni da assoggettare ad —, 338.

Contenuto del precetto per —, 361.
Sospensione dell'esecuzione per —, 361.
Organi ed uffici che presiedono alla —, 368.
Competenza in ordine ai giudizi di cognizione che sorgono nel corso dell' — 369.
Competenza in ordine ai provvedimenti urgenti nel corso dell'—, 369.
Concorso ed intervento dei creditori nell'—, 378 e segg.
Opposizioni del debitore agli atti esecutiva nella —, 382.
Surrogazione del creditore procedente nell'—, 383.
— presso terzi, 105, 339, 390 e segg.
— presso il creditore pignoratizio, 109.

F

Fallimento.
Nozione e fondamento del —, 54.
— come sanzione specifica del dissesto di determinati soggetti, 54, 55.
— come sanzione che investe l'intero patrimonio del debitore (esecuzione universale), 53, 54.
— come attuazione simultanea di sanzioni singolari, 54, 56, 112.
— come sanzione applicabile d'ufficio, 55.
Carattere dell'istanza di parte per la dichiarazione del —, 55.
La cessazione dei pagamenti come presupposto del —, 54, 112.
Natura del provvedimento che dichiara il —, 54.
Espropriazione singolare contro commercianti e conseguente —, 57.
Schema fondamentale del processo di—, 111 e segg.
Modi ed effetti della dichiarazione di —, 111.
Organi ed uffici del —, 111 e segg.
Esercizio delle azioni nel —, 112.
Le operazioni del —, 112.
Revoca del —, 111.
Le spese e i danni nel —, 113.

Falso in atto pubblico.
Accertamento penale del —, 248.

Fatto.
Significato del termine —, 224.
— deve risultare dagli atti del procedimento, 224.
Scienza del giudice in ordine al —, 224.
Funzioni delle parti in ordine al —, 224, 228, 229.
— come oggetto dell'onere della prova, 236.
Ammissione del — affermato, 237 (v. *Ammissione del fatto*).
— « pacifico », 237.

Fatto notorio.
Scienza del — da parte del giudice, 224.

Fotografia.
Efficacia probatoria della —, 255.

G

Garanzia (v. *Chiamata in —*).

Giudicato.
Nozione di « autorità di cosa giudicata », 47.
Natura, effetti ed efficacia dell'autorità di cosa giudicata, 47.
L'autorità di cosa giudicata rispetto alle sanzioni civili e penali, 47.
— come accertamento giudiziale, munito dell'autorità di c. g., 47, 77.
Oggetto del —, 77.
Rapporto fra azione e —, 77 e segg., 81.
Efficacia pratica del —, 78.
— come dimostrazione d'infondatezza dell'azione o dell'eccezione, 78.
— come dimostrazione di infondatezza di una nuova azione, 78.
— negativo, 49, 62, 78, 89.
— opera l'assorbimento dei motivi dell'azione non dedotti, e delle eccezioni non dedotte, 79.
Limiti soggettivi del —, 80.
Estensione soggettiva del — emesso su azione pubblica, 80.
Efficacia del — rispetto ai terzi, 81, 162.
Efficacia riflessa del — rispetto ai terzi, 81.

Estensione del — nell'azioni di stato, 81.
Estensione del — ai soggetti di un rapporto accessorio, 81.
La successione nel — come successione nell'azione, 82.
— implicito o presuntivo, 83.
Le preclusioni in luogo di —; efficacia e limiti, 83.
Limiti del — penale nel giudizio civile, 43, 91, 147.
Il passaggio in —; significato, 212, 213.
Il passaggio in — opera la chiusura dei procedimenti, 212, 213.
Passaggio in — formale (irrevocabilità), 213.
Il c. d. passaggio in — (irrevocabilità) delle sentenze interlocutorie; natura, effetti, 213.
Il passaggio in — delle sentenze definitive; natura, effetti, 213.
Passaggio in — per effetto di perenzione dell'impugnativa, 215.
Passaggio in — e semplice esecutorietà, 273.
La violazione del — come motivo di cassazione, 286.
Corcorso e coordinamento di più sentenze nella formazione del —; casi ed esempî, 294.

Giudice.
Missione del —, 34.
Organizzazione delle funzioni del —, 34.
Unità del —, 86, 154.
— delegato, 171.
— singolo e collegiale, 171.
L'esercizio dell'azione come invocazione del —, 72.
Posizione del — rispetto all'azione — diritto, 61.
Posizione del — rispetto all'azione — pretesa, 62, 67.
Posizione del — rispetto all'azione — attività, 62.
Posizione del — di fronte all'eccezione, 68.
Posizione del — di fronte all'azione o eccezione rinunciata o estinta, 72, 76.
La decisione della causa come compito del —, 69.
Ricusazione del —, 173.
Astensione del —, 224.
La competenza del —, 174 e segg. (v. *Competenza*).
Competenza del — a giudicare la propria competenza, 179.
La volontà negli atti del —, 298.
La volontà del — rispetto ai provvedimenti costitutivi, 50.
Schema tipico del ragionamento del —, 33, 224.
Formazione del convincimento del — rispetto ai giudizi con pluralità di parti, 158, 267, 269.
Apprezzamento delle prove da parte del —, 238.
Scienza dei fatti notori e delle regole d'esperienza da parte del —, 224.
Scienza del —, in ordine al «fatto», 224.
Scienza del — in ordine al diritto positivo, 224.
Scienza del — in ordine al diritto straniero, antico, etc., 224.
Il — come soggetto del processo, 84 e segg., 154.
Formazione dei provvedimenti del —, 33, 85.
Poteri stromentali del —, 85, 166.
Poteri e compiti del —, nella cognizione penale e civile, 89, 90, 166, 169.
Poteri del — ordinario, in ordine agli atti d'impero della p. A., 99.
Poteri del — d'appello, 284.
Il — come perito dei periti, 224, 258.
Funzioni del — nei procedimenti, 85, 166, 223 e segg.
Funzione del — nella conciliazione delle parti, 120.
Funzioni del — in ordine all'apprestamento preventivo di mezzi di tutela, 134.
Natura dei poteri e delle funzioni del — in ordine alla giurisdizione volontaria, 140.
Funzioni del — in ordine alla determinazione della materia del contendere, 227.
Funzioni del — in ordine alla verificazione dei presupposti della trattazione del merito, 228.
Funzioni del — in ordine alla verificazione delle proponibilità dell'azione o dell'eccezione, 231, 232, 233, 235.

Funzioni del — rispetto all'istruttoria ed al merito, 262 e segg.
Funzioni del — nei procedimenti di esecuzione forzata particolare, 348.

Giudizio arbitrale.
Momento della costituzione del —, 126.
Termine per l'espletamento del — e sua decorrenza, 126.
Forme del —, 126.

Giudizio di rinvio.
Competenza del giudice investito del —, 192, 288.
Funzione del —, 192, 288.
Impugnazione da sentenza emessa nel —, 192.
Secondo —, 192.
Vincoli del giudice nel secondo —, 192.
La perenzione nel —, e nel passaggio dalla cassazione al —, 215.
La contumacia nel —, 268, 269.
Limiti del —, 287, 288.
Poteri delle parti e del giudice nel —, 288.

Giuramento.
— suppletorio, (scopo; deferimento d'ufficio; effetti del rifiuto di prestarlo; prova contraria), 260.
— estimatorio, (scopo; deferimento d'ufficio; effetti del rifiuto di prestarlo; prova contraria), 260.
— deferito d'ufficio non può essere riferito, 260.
— decisorio; natura, 261.
Oggetto del — decisorio (giuramento di scienza e di notizia), 261.
Ammissione, deferimento e riferimento del — decisorio, 261.
Effetti della prestazione e della ricusazione del — decisorio, 261.
Il — falso; sue conseguenze nel processo civile, 261.
Materie su cui non può essere deferito il — decisorio, 261.
Da chi e a chi può essere deferito il — decisorio, 261.

Giurisdizione volontaria.
Caratteri, contenuto e natura della —, 136, 142.
Casi di — penale, 137.
Casi di — civile (intervento nella costituzione di persone giuridiche, nelle questioni di stato, etc.), 137 e segg.
I procedimenti di interdizione ed inabilitazione come materia di —, 137.
I procedimenti provocatorii come materia di —, 138.
— in ordine alla delibazione di sentenze straniere ed alla esecutorietà di atti autentici stranieri, 139.
Natura, contenuto, efficacia ed effetti dei provvedimenti di —, 140.
Natura dei poteri del giudice in ordine alla —, 140, 142.
Forme dei procedimenti di —, 141.
Le funzioni dei giudici in materia di conflitti colletivi di lacoro, nel quadro della —, 143.

Giurisdizioni speciali (amministrative).
Poteri delle — in ordine agli atti d'impero della p. a., 99.
Competenza di legittimità delle —, 100.
Cenni sui procedimenti avanti le —, 99, 100.

Giustizia (amministrata dai giudici).
Nozione di —, 3 e segg.
Elementi della nozione di —, 6 e segg.
— nella pubblica amministrazione, 31, 98.
Le sanzioni e la loro applicazione come materia di —, 3, 32.
I procedimenti come fenomeni di amministrazione della —, 84.
Il chieder — come problema individuale, 142 e segg.
Il problema pratico del chieder —, 146 e segg.
Il problema morale del chieder —, 150.
Orientamenti pratici in ordine al problema di chieder —, 147 e segg.

Giustizia amministrativa.
Cenni sul contenuto e fondamento della —, 98.
Diritti ed interessi, come materia della —, 98 e segg.
L'azione civile nell'ambito della —, 99.

Graduazione.
Apertura del giudizio di —, 396, 400.
Designazione del giudice delegato alla —, 396, 397.
Partecipazione al giudizio di —, 400, 402.
Partecipazione al giudizio di — dei creditori dei creditori (subcollocazione), 400.
Stato di —; formazione 400.
Ordine di collocazione nello stato di —, 401.
Discussione dello stato di —, 400, 402.
Intervento tardivo alla —; limiti, effetti, 402.
Contestazioni sullo stato di —, 402.
Sentenza di omologazione dello stato di —; contenuto, 402.
La liquidazione dei crediti nella —, 403.
— nel procedimento di espropriazione contro il terzo proprietario, 106.
Gratuito patrocinio, 94, 206, 207.
Guasti e danni a fondi rustici e urbani (Azioni di —).
Competenza in ordine alle —; 180, 185.

I

Immobili.
Stima del valore degli — agli effetti della determinazione della competenza, 184.
Esecuzione per rilascio di —, 59, 107.
Esecuzione forzata sugli — per destinazione, 336, 339.
Espropriazione forzata degli —, 105, 392 e segg.
Stima del valore degli — nell'esecuzione forzata, 395.
Locazione degli — pignorati, 392.
Impignorabilità.
— assoluta e relativa, 336.
Casi di —, 336.
Imposte dirette ed indirette.
Competenza in ordine alle controversie in materia di —, 180.
Impugnativa (delle sentenze).
Sentenze suscettibili di —, 191, 213.
La soccombenza come presupposto dell'— (soccombenza totale e parziale), 272.
Mezzi ordinarii d'—; nozione, fondamento, effetti, 271.
Mezzi straordinarii di —; nozione, fondamento, effetti, 271.
Decorso dei termini per la —, 213, 273, 274.
La morte od il mutamento delle parti, rispetto al regime dei termini per proporre —, 221, 222.
— delle sentenze non notificate; termini, 213, 215.
Preclusione della —; effetti, 213, 273.
La preclusione dell'— per acquiescenza e per rinuncia, 213, 273.
La contumacia dell'attore nelle fasi d'—, 268.
La perenzione nel corso delle fasi di —, 215.
— vicendevole in cause aventi unico oggetto e due sole parti, 274.
L'— per adesione; effetti, limiti, 278.
Regime dell'— da sentenze emesse in cause con più oggetti diversi, fra le stesse parti, 275.
Regime dell'— da sentenze emesse in cause con unico oggetto e con pluralità di parti, 276 e segg.
— da parte dell'interveniente adesivo e nei suoi confronti, 277.
Regime dell'— da sentenze emesse in cause con pluralità di oggetti e di parti, 278, 279.
Regime dell'— quando vi siano più soccombenti e si tratti di obbligazioni divisibili, 278.
Regime dell'— quando vi siano più soccombenti e si tratti di obbligazioni indivisibili o solidali, 278.
Regime dell'— quando vi siano più vincitori, 278.
Regime dell'— nell'ipotesi di pluralità di cause dipendenti, aventi diversi oggetti e pluralità di parti, 279.
I singoli mezzi d'—, 280 e segg.
v. *Appello; Cassazione; Rivocazione; Opposizione di terzo; Opposizione del contumace.*

Impulso processuale.
L'— come onere delle parti e come facoltà di tutte le parti, 210, 211.
— d'ufficio, nei procedimenti avanti la Corte di Cassazione, 211, 216.
— nei procedimenti di esecuzione forzata particolare, 349.
Imputato.
Posizione dell'— nei procedimenti penali, 90.
Inadimpleti non est adimplendum, 116.
Incanto.
— dei beni mobili, 376.
Primo e secondo —, 376, 398.
— degli immobili; forme e modalità, 398.
Il prezzo base dell'— immobiliare; determinazione, 395.
Le nullità dell'—, 405.
Ingiunzione.
Il decreto ingiuntivo come provvedimento di condanna, 52.
Il decreto ingiuntivo come titolo esecutivo, 57, 103, 330.
Opposizione all'—, 96, 154.
L'— non opposta, come giudicato presuntivo, 83.
Schema fondamentale del procedimento di —, 96.
Notificazione di titolo esecutivo costituito da decreto d'—: effetti, 357, 360.
v. *Procedimenti per decreto.*
Integrazione del contraddittorio.
— nei procedimenti con pluralità di parti, 155, 161.
— nei casi di pluralità di successori della parte originaria, 221.
— nelle fasi d'impugnativa, 275 e segg.
Interdetti e inabilitati.
Rappresentanza ed assistenza in giudizio degli —, 201.
Interdizione ed inabilitazione.
I provvedimenti e procedimenti di — come materia di giurisdizione volontaria, 187.
Interesse ad agire.
L'— rispetto alle funzioni processuali delle parti, 223.
Il c. d. — come elemento dell'azione o eccezione, 232.
Interessi semplici.
Tutela degli —, 101.
Interesse protetto.
Nozione di —, 9 e segg.
La violazione di un — come condizione per la nascita di un'azione, 70.
Interessi protetti occasionalmente o per riflesso.
Nozione di —, 15.
La tutela degli —, 100.
L'istanza di parte per la tutela degli —, 42.
La violazione di una norma (espressa) che tutela — come condizione per la nascita di un'azione, 70, 100.
L'intervento adesivo come mezzo di tutela di —, 159.
Tutela di — mediante opposizione di terzo ex art. 512 c. p. c., 162.
Interpretazione della legge.
Cenni sul come si procede alla —, 7, 45.
L' — nella ricostruzione delle varie figure di azioni, 65.
Interrogatorio.
L' — come mezzo per provocare la confessione giudiziale, 246.
Deduzione dei fatti su cui deve farsi luogo ad —, 246.
Effetti della mancata risposta all' — 246.
Procedura per l'ammissione dell' — 246.
Interruzione e sospensione del procedimento.
Casi di sospensione del —, 219.
Natura del provvedimento che ordina la sospensione del —, 219.
Interruzione per cessazione o morte del procuratore, 220.
Interruzione per morte delle parti, 221.
Interruzione per mutamento di capacità, stato e rappresentanza delle parti, 222.
Riassunzione del procedimento in seguito ad interruzione; forme ed effetti, 220, 221, 222.
Intervento in causa (in genere).
— come modo per costituire un

giudizio unico con pluralità di parti, 157.
— agli effetti del cumulo di procedimenti, 157.
Chiamata in — e suoi effetti, 157.
— volontario, 157, 159.
— d'ufficio, 161.
— coatto ad istanza di parte, 159, 160, 226.
Legittimazione all' — e opposizione di terzo, 162.
— del pubblico ministero, 164.
Decisione di contestazioni in ordine all' —, 227.
— in appello, 283.

Intervento principale e litisconsortile.
Nozione, presupposti, effetti dell' —, 157, 226.
— in appello, 283.

Intervento adesivo.
Nozione, scopo e natura dell' —, 159.
Presupposti dell' —, 159.
Casi ed esempii di —, 159.
Effetti dell' —, 159.
— a favore del contumace, 267, 269.
— in primo grado e suoi effetti sul regime delle impugnative, 277.
— in appello, 283.

Intervento d'ufficio.
Nozione e scopo dell' —, 161.
Quando può farsi luogo all' — (integrazione, esibizione di dati, ecc.), 161.
Modi ed effetti dell' —, 161.

Intervento dei creditori nell'esecuzione.
— mobiliare, 378 e segg.
— immobiliare, 396, 400 e segg.
— tardivo (limiti, effetti) 381, 400.

Ipoteca.
— come diritto di prelazione, 58.
I provvedimenti di condanna come titoli per iscrivere — giudiziale, 52, 149.
Inscrizione d' — e trascrizione del precetto, 392.
L' — giudiziale posteriore alla trascrizione del precetto; efficacia, 392.
L'iscrizione d' — legale a favore della massa, nell'esecuzione forzata immobiliare, 105, 399.
Cancellazione delle ipoteche in seguito al pagamento del prezzo ai creditori da parte dell'aggiudicatario, 403.
Purgazione dell' —, 105, 138, 403.

Irrevocabilità delle sentenze.
Significato, natura, effetti, 213.

Iscrizione a ruolo.
Significato e funzione, 210, 314.
Effetti della mancata —, 210, 214, 314.
Modalità per l' —, 314.

Istanza.
Significato, 152.
La perenzione d' —, 214 e segg. (v. *Perenzione*).
Interruzione e sospensione d' —, 219 e segg. (v. *Interruzione e sospensione del procedimento*).
Riassunzione d' —, 220, 221, 222.

L

Legittimazione ad agire.
Significato, 42.
v. *Capacità; Presupposti.*

Libri dei commercianti.
— come scritture private, 254.
Efficacia probatoria delle annotazioni contenute nei —, 254.

Liquidazione.
— dei crediti nel giudizio di graduazione, 403.

Liquidazioni forzate amministrative, 114.

Lite.
— come urto di azioni e di eccezioni, 69.
— temeraria, 94, 96, 263.

Litisconsorzio necessario.
— e azione o giudizio unico con pluralità di parti, 155.

Litispendenza (Eccezione di —).
Significato, funzione ed effetti dell' — 186, 188.
Chi può sollevare l'eccezione di —, 186.

Locazione (Contratti di —).
Competenza in ordine alle controversie relative ai —, 180, 183, 185.

— di immobili pignorati, 392.
Effetti sui — della vendita forzata degli immobili, 399.

Lodo arbitrale (v. *Pronuncie degli arbitri*).

M

Mandamento (v. *Pretura*).

Mandato di pagamento.
— nella esecuzione mobiliare, 105, 377, 380.

Materia del contendere.
Nozione di —, 226.
Proposizione della —, 226.
Estensione successiva della —; modi e casi, 226.
Limiti dell'estensione successiva della —, 226.
Estensione successiva della — da parte dell'attore, 226.
Funzioni delle parti in ordine alla determinazione della —, 226, 227.
Funzioni del giudice in ordine alla determinazione della —, 227.

Mediatori (pubblici).
— come organi per la vendita di beni gravati da pegno commerciale, 109.

Merito (Trattazione del —).
Circostanze impeditive di una valida —, 228.
Circostanze impeditive della — rilevabili su istanza di parte e rilevabili d'ufficio, 228, 229.
— e sua decisione, 234.
v. *Presupposti*.

Minori.
Rappresentanza ed assistenza in giudizio dell' —, 201.

Mobili.
Stima del valore dei — agli effetti della determinazione della competenza, 184.
Competenza per territorio in ordine alle azioni personali e reali sui —, 185.
Esecuzione per consegna di —, 59, 107.
Espropriazione forzata dei —, 105, 368 e segg.
Alienazione e consegna di — colpiti da pignoramento, 341.

Motivazione.
Il difetto di — come mezzo di cassazione, 286.

N

Negozio giuridico.
Onere della prova circa gli elementi accidentali del —, 236.

Norma giuridica.
Richiami alla nozione di —, 6, 7.
Forme e modi della —, 7.
Il diritto come ordine di norme, 6 e segg.
Direzioni della —, 9, 15, 100.
I mezzi per assicurare l'osservanza della —, 32.

Notificazione.
Procedura per la —, 313.
— a mani proprie; a mani altrui; per affissione; per rogatorio; per pubblici proclami, 313.
— per posta, 313.
Ufficiali giudiziarii competenti per la — di atti processuali, 313.
— della citazione, 210, 213.
— della morte e del mutamento delle parti; effetti, 221, 222.
— al contumace, 270.
— delle sentenze, 220, 320.
Effetti della — delle sentenze, 213.
— del titolo esecutivo, 339, 355, 357 e segg., 362 e segg.
— del precetto, 353, 355, 361, 362.
Nullità della —, 308, 313.

Nullità.
Le — degli atti processuali, 195 e segg., 308 e segg.
Sanatorie della — degli atti processuali, 197, 198, 308 e segg.
I motivi di — come motivi di gravame, 284, 308.

O

Obbligazioni di fare o non fare.
L'esecuzione forzata «in natura» delle —, 59.

Oggetto del procedimento di cognizione.
Nozione dell' —, 152.
— accessorio, 152.
Pluralità d' —, 153, 155.

Connessione fra più —, 153, 155.
Unità e pluralità d' — agli effetti del calcolo del valore delle controversie, 183.
Unità e pluralità d' — agli effetti del regime delle impugnative, 275 e segg.

Oggetto del procedimento d'esecuzione, 335.

Oggetti d'oro e d'argento.
Assegnazione al creditore degli —, 104, 346.
Vendita giudiziale degli —, 376.

Omologazione.
— del concordato preventivo, 123.
— del concordato fallimentare, 123.
— dello stato di graduazione, 402.

Onere.
Significato, 223.
— dell'impulso processuale, 210, 211, 349.
— di allegazione o deduzione, 227, 242.
A chi incombe l' — d'allegazione in ordine ai presupposti di trattazione del merito (casi ed esempi), 228.
Significato e funzione dell' — della prova, 148, 236.
Il « fatto » come oggetto dell' — della prova, 236.
A chi incombe l' — della prova circa l'azione e circa l'eccezione (casi ed esempi), 236, 317.
Carattere delle norme legali sull' — della prova, 237.
— della prova, circa la validità degli atti giuridici, 236.
— della prova, circa gli *accidentalia negotii*, 236.
Effetti dell'ammissione rispetto all' — della prova, 237, (v. *Ammissione del fatto*).
Inversione dell' — della prova, 237.
— della deduzione delle prove semplici e della produzione del relativo verbale d'esecuzione, 242.
— della prova, nell'azione in separazione, 384.

Opposizione.
— al fallimento, 111.
— nei procedimenti per decreto, 96, 154.

Opposizione contumaciale.
Funzione, struttura ed effetti dell' —, 154, 269, 289.
Presso qual giudice si propone l' —, 191, 289.
Decorso dei termini e preclusione dell' —, 273, 289.

Opposizione del debitore esecutato.
— all'assegnazione, 377, 390, 391.
— nell'esecuzione mobiliare, 382.
— nell'esecuzione immobiliare, 396, 405.

Opposizione sul prezzo.
Significato e funzione, 105, 378.
Pignoramenti cumulativi o successivi e —, 378, 388.
Forme e modalità dell' —, 378.
Azione in separazione tardiva e —, 384.
— nella vendita di beni gravati da pegno, 109.
— nell'esecuzione mobiliare presso terzi, 390.

Opposizione a precetto.
Significato, contenuto e funzione, 364.
Onere dell' —, 347, 350.
Motivi dell' —, 364, 366.
Quando si può proporre —, 362.
Limiti dell' — quando il titolo esecutivo è costituito da provvedimento impugnabile, 365.
Competenze in ordine all' —, 367.
Forma dell' — e carattere del relativo giudizio, 367.
Posizione processuale delle parti, nei giudizi di effetti, 154, 365.
Accoglimento dell' — e risarcimento dei danni, 360.
Effetti dell' —, 362.
— e sospensione dell'esecuzione, 361, 372.
— e sanatoria delle nullità delle notificazioni, 363.
Appello da sentenze pronunciate in sede di —, 367.

Opposizione di terzo.
Natura e fondamento dell' —, 162, 291.
Quando è ammessa l' —, 81, 162, 291.
Come e presso qual giudice va proposta l' —, 191, 291.

I termini per proporre l' —, 291.
— del legittimato ad intervenire in causa, 162.
— come modo di costituire un giudizio unico con pluralità di parti, 162.
Poteri e funzioni del giudice in ordine all' —, 291.
Effetti dell' —, 162.

Ordinanza.
Nozione, contenuto, requisiti dell' —, 307.
Casi ed esempi in cui si provvede mediante —, 211, 230, 242, 307.
Il reclamo contro l' —, 308.
— come titolo esecutivo, 330.

Organi ed uffici.
— e loro personificazione, 22.
— nella rappresentanza delle persone giuridiche, 22.
— nei procedimenti, 86, 165, e segg.
Unità degli — nei procedimenti, 86, 154.
— del fallimento, 111 e segg.
— per la conciliazione delle parti, 120.
— dell'autorità giudiziaria, 165 e segg.
Tipi e sedi degli — dell'autorità giudiziaria, 171 e segg.
La competenza degli — dell'autorità giudiziaria, 174 e segg. (v. *Competenza*).
Mutamento delle persone fisiche componenti gli — rappresentativi e suoi effetti sul procedimento in corso, 222.

P

Parte civile nel processo penale.
Scopo ed effetti della costituzione di —, 91, 147.

Parti.
Capacità di esser —, 193.
— in senso attivo ed in senso passivo, 42.
— come soggetti attivi o passivi dell'azione, 64, 65, 67, 70 e segg., 80.
— come soggetti del processo, 84 e segg., 154.
Posizione delle — rispetto al procedimento e rispetto all'azione, 154.
— vittoriosa e soccombente, 69.
Posizione delle — nei procedimenti civili, 90.
L'impulso e l'iniziativa delle —, 210 e segg.
L'inerzia delle —; effetti, 214 e segg.
Oneri delle —, 210, 223, 227, 236, 237 (v. *Onere*).
Pluralità di — rispetto all'azione ed al procedimento, 155 e segg.
Funzioni delle — in ordine alla determinazione della materia del contendere, 226.
Funzioni delle — in ordine alla verificazione dei presupposti di trattazione del merito, 229.
Funzioni delle — in ordine alle questioni sulla proponibilità e sul fondamento delle azioni ed eccezioni, 235.
— e loro funzioni nei procedimenti d'esecuzione forzata particolare, 348 e segg., 351.
Morte e mutamento delle —; effetti sul procedimento e sull'azione, 76, 86, 163, 221, 222, 335.

Patrimonio.
Richiami alla nozione di —, 13.
— autonomo e sua personificazione, 24.
— come garanzia comune dei creditori, 39, 54, 57, 159.
— come oggetto su cui si attuano le sanzioni, 39, 52 e segg., 148.
Effetti del fallimento sul —, 54.
Provvedimenti di volontaria giurisdizione in ordine alla gestione di —, 137.
La rappresentanza in giudizio del — autonomo, 202.
— comune ed esecuzione forzata sui singoli beni, 337.

Pegno.
— come diritto di prelazione, 58.
Vendita dei beni colpiti da —, 109, 117.
Esecuzione da parte di terzi su beni gravati da —, 109.
Collocazione del credito garantito da — nello stato di riparto, 379.

Perenzione.
Fondamento e significato, 214.

Decorrenza e misura dei termini di —, 216.
Interruzione della —, 216, 362.
Sospensione della —, 219.
Interruzione del procedimento e decorso della —, 220, 221, 222.
Preclusione dell'eccezione di —, 216.
Dichiarazione della —, 216.
Effetto della —, 214.
Effetti della — sulla prove raccolte, 214.
Effetti della — rispetto alle sentenze interlocutorie, 215.
Effetti della — rispetto alle sentenze definitive, 215.
— nelle fasi di impugnativa; effetti, 214, 215.
— nella fase di passaggio dalla cassazione al rinvio; decorrenza, effetti, 215.
— delle impugnative da interlocutoria provvisoriamente esecutiva; effetti, 215.
La — non ha luogo nelle fasi di cassazione, 216.
— nel processo di espropriazione forzata particolare, 353, 362.
— del precetto, 353, 362.
— del pignoramento; decorso e sospensione, 373.
— del pignoramento immobiliare; decorso, effetti, 393, 407.
Le spese del giudizio colpito da —, 216.

Periti.
Figura giuridica dei —, 170.
L'avviso dei — non vincola il giudice, 224, 258.
Giuramento dei —, 258.

Periti arbitri.
Funzioni dei —, 129.

Perizia.
Significato, scopi ed efficacia della —, 258.
— non vincola il giudice, 224, 258.
— giudiziale, ad istanza di parte o disposta d'ufficio, 258.
— stragiudiziale; sua natura ed efficacia, 258.
— preventiva, 134.

Persone fisiche.
— come soggetti di diritto, 18.
Lo stato delle —, 25, 26.
— come soggetti passivi di sanzioni civili e penali, 38.

Persone giuridiche.
Cenni sulla nozione delle —, 20 e segg.
— come soggetti di diritto, 20 e segg.
Le fondazioni e le corporazioni come —, 20 e segg.
Lo stato delle —, 25, 26.
La rappresentanza delle —, 21, 22, 194.
L'organo e l'ufficio come rappresentanti delle —, 22.
Lo Stato come —, 23, 27 e segg. (v. *Stato*).
— come soggetti passivi di sanzioni civili ed, eccezionalmente, penali, 38.
Provvedimenti di volontaria giurisdizione in ordine alle —, 137.
La competenza per territorio in ordine alle —, 185.
Rappresentanza in giudizio delle —, 201.
Illegittima rappresentanza delle — e conversione del processo, 193, 200.

Personificazioni.
Gli organi e gli uffici come —, 22.
— dei patrimoni autonomi, 24.

Pignoramento.
Nozione e funzione del —, 341.
Beni suscettibili di —, 336, 370.
Beni non suscettibili di — (casi ed esempi), 336.
— immediato, 361.
— cumulativo, 378.
— successivo, 378.
Competenza per il —, 348, 368, 370.
Forme e modalità del —, 370.
— presso il debitore, 105, 370 e segg.
— presso se stesso, 109.
Verbale di —, 370.
Effetti del —, 104, 341.
Alienazione di beni colpiti da —, 341.
Custodia e conservazione degli oggetti colpiti da —, 370, 371 (v. *Custode*).
Eccesso di — e riduzione, 338.
Sospensione del —, 372.
Perenzione del —; suo decorso e sospensione, 373.
— presso terzi; contenuto, 105, 109, 385 e segg.

— presso terzi; forme, 385.
— presso terzi; effetti, 385.
— prezzo terzi; propalazione, 385 e segg. (v. *Propalazione*).
— presso terzi e pignoramenti, sequestri, cessioni anteriori, 388.
— immobiliare; nozione e forme, 392.
— immobiliare; effetti, 104, 341, 392, (v. *Precetto; Trascrizione*).
— immobiliare successivo, 407.
Situazione giuridica del proprietario o possessore di immobili colpiti da —; sue funzioni, 392.
Nomina del sequestratario degli immobili colpiti da —, 392.
— immobiliare ed alienazioni anteriori, 392.
— immobiliare ed iscrizioni ipotecarie, 392.
La perenzione del — immobiliare; decorso ed effetti, 393, 407.

Pluralità di parti (Procedimenti con —).
Concetto e significato, 155.
— e azione unica, 155.
— e pluralità di azioni, 153, 155, 156, 158.
— e litisconsorzio necessario, 155.
Struttura ed effetti dei — su azione unica, 155, 158, 161.
Struttura ed effetti dei — su azioni plurime cumulate o abbinate, 158.
Modi di costituzione di — (originari; mediante integrazione; cumulo e abbinamento; intervento principale, litiscorsortile, adesivo, coatto, d'ufficio; opposizione di terzo etc.), 155 e segg.
Formazione del convincimento del giudice nei —, 158, 267, 269.
Regime dell'impugnativa da sentenze emesse in cause con unico oggetto e con —, 276 e segg.
Regime dell'impugnative da sentenze emesse in cause con pluralità d'oggetti e con —, 278, 279.
Effetti della contumacia nei —, 267, 269.
Le spese nei —, 263.

Possessorie (Azioni —).
Competenza in ordine alle —, 180, 185.

Precetto.
Nozione e contenuto del —, 361.
Notificazione del —, 353, 355, 361.
Nullità di notificazione del — e sanatoria, 363.
Effetti e situazione giuridica creata dalla notificazione del —, 362.
Trascrizione del — immobiliare; forme ed effetti, 105, 392.
Trascrizione del — immobiliare ed alienazioni anteriori, 392.
Trascrizione del — immobiliare ed inscrizioni ipotecarie, 392.
— immobiliare successivo, 407.
Opposizione al —, 364 e segg. (v. *Opposizione a precetto*).
Perenzione del —; effetti, decorso, interruzione, 353, 362, 407.
Cancellazione del — per perenzione, 393.

Preclusioni (v. *Giudicato*).

Prescrizione.
— come causa d'estinzione dell'azione, 70, 71, 76, 213.
— dell'azione ed estinzione dei procedimenti, 213.
— come eccezione rilevabile su istanza di parte, 76.
Interruzione della —, 210, 213.

Presidente (del collegio), 171, 211.

Prestazioni periodiche in derrate.
Stima del valore delle — agli effetti di determinare la competenza, 184.

Presunzioni.
Significato, 239.
— come prove indirette, 239.
— legali, assolute e relative, 239.
L'autorità di cosa giudicata come presunzione legale assoluta, 47.
— semplici, 239.
L'apprezzamento del giudice in materia di — semplici, 239.

Presupposti (della trattazione del merito).

I —, 152, 175, 186, 188, 196, 216 e segg., 228.
— il cui difetto è rilevabile di ufficio o su istanza di parte, 228, 229.
Funzioni del giudice in ordine alla verificazione dei —, 228.
Funzioni e oneri delle parti in ordine alla verificazione dei —, 229.
A chi incombe l'onere d'allegazione del fatto, in ordine alle controversie sull'esistenza dei — (casi ed esempi), 228.
Forma dei provvedimenti del giudice in ordine alle eccezioni di difetto di —, 230.
Efficacia e natura della sentenza che dichiara la mancanza dei —, 199, 228, 230, 231.

Pretura.
Composizione della —, 171.
Il mandamento come circoscrizione della —, 172.
La competenza per materia e valore della —, 180.
La competenza per territorio della —, 185.
Competenza della — in ordine ad appello da sentenze dei conciliatori, 191.
Attribuzioni e poteri della — nell'esecuzione mobiliare, 368, 369.

Prevenzione.
Significato ed effetti, 186.

Prezzo.
Deposito del — ricavato da vendita giudiziale di mobili, 376.
Appartenenza del — ricavato dalla vendita giudiziale, 104, 343.
Assegnazione del — al creditore; forme della domanda, 377.
Ripartizione del —, 105, 344 e segg., 400 e segg.
Separazione del —, 384.
Opposizione sul —, 105, 109, 378, (v. *Opposizione sul prezzo*).
Pagamento del — nella vendita mobiliare, 105, 376.
Pagamento provvisorio del — o suo impiego o deposito nell'esecuzione immobiliare, 402, 403.
Pagamento del — ai creditori collocati nell'esecuzione immobiliare, 105, 403.
Eccedenza di —, 377, 379, 404.

Privilegi.
— come diritti di prelazione, 58.
Collocazione dei — nella formazione dello stato di reparto, 379.
Collocazione dei — nello stato di graduazione, 401.

Procedimenti (in generale).
Nozione generale di —, 84.
— processo, procedura, giudizio, 84.
— come mezzi per accertare la sussistenza degli estremi necessarii per applicare le sanzioni, 84.
— come mezzi per l'applicazione concreta di sanzioni, 84.
— come concorso d'attività di soggetti diversi, 84.
Funzioni dei soggetti dei —, 85, 86.
Precisazioni terminologiche in ordine ai soggetti dei —, 86.
Rapporto giuridico processuale, 85, (v. *Rapporto giuridico*).
Unità dei —, 86.
Pluralità di gradi nei —, 86.
Effetti dell'unità dei — rispetto alla pluralità di gradi, 86.
Unità degli organi ed uffici giudiziarii nel corso dei —, 86.
Diversi ordinamenti dei — in relazione alla varietà di sanzioni, 87, 88.
— ordinarii e speciali, 88.
— di cognizione penale e civile, 88.
— di esecuzione forzata civile, 88.
— fallimentari o concorsuali, 88.
— di «giustizia amministrativa» come — speciali di cognizione civile, 88.
Le esecuzioni penali, come — amministrativi, 88.
— dispositivi ed inquisitorii, 90.

Procedimenti ordinari di cognizione civile.
Soggetti dei —, 84, 86, 154, 164.
Oggetto e contenuto dei —, 152, (v. *Oggetto etc.*).
Pluralità d'oggetti e di domande nei —, 153, 155.
Schema fondamentale dei —, 92.
Cenni descrittivi di un —, 310 e segg.

Nascita e sviluppo dei —, 210.
L'impulso di parte nella nascita e nello sviluppo dei —, 210, 211.
Questioni pregiudiziali o incidentali nei —, 93.
La molteplicità di fasi nei —, 211, 215.
Successione nei —, 163.
— con pluralità di parti, 155 e segg. (v. *Pluralità di parti*).
— nel corso dei procedimenti di esecuzione forzata, 108, 347.
Sospensione e interruzione dei —, 219 e segg. (v. *Interruzione e sospensione*).
Chiusura dei —, 212 e segg.
Effetti sui — della rinuncia alla azione od eccezione, del componimento, della conciliazione etc., 218.
Le sentenze non notificate e la chiusura (estinzione) dei —, 213, 215.
Estinzione dei — per perenzione d'istanza, 214 e segg. (v. *Perenzione*).
Estinzione dei — per rinuncia agli atti, 217 (v. *Rinuncia agli atti*).
Le spese nei —, 94, 152.
Responsabilità per danni nei —, 94.
v. *Cognizione.*

Procedimenti speciali di cognizione civile, 95.

Procedimento formale, 151.

Procedimento sommario, 151.

Procedimenti cautelari.
Scopo e fondamento dei —, 97.
Figure tipiche di —, 97.
Le spese e i danni nei —, 97.

Procedimenti per decreto.
Scopo e fondamento dei —, 96.
Schema fondamentale dei —, 96.
L'opposizione nei —, 96, 154.
Spese e danni nei —, 96.

Procedimenti di giurisdizione volontaria (v. *Giurisdizione volontaria*).

Procedimenti di giustizia amministrativa.
— diretti alla tutela di diritti subbiettivi, 98, 99.
— diretti alla tutela di interessi occasionalmente protetti, 100.

Procedimenti provocatorii.
Natura, casi e tipi di —, 138.

Procedimenti di esecuzione civile.
Schema fondamentale dei —, 103 e segg., 340.
Oggetto dei —, 335.
I soggetti dei — e loro funzioni, 348 e segg.
L'impulso processuale nei —, 349.
Condizioni di procedibilità, rispetto ai soggetti, nei —, 352.
L'inerzia delle parti nei —; effetti, 353.
Procedimenti incidentali di cognizione nel corso dei —, 108, 347.
Morte e mutamenti dei soggetti nei —; effetti, 355.
La contumacia nei —, 354.
La perenzione nei —, 353, 362.
Le spese e i danni nei —, 108, 325, 366, 379, 401.
— sui mobili, 368 e segg. (v. *Espropriazione forzata dei mobili*).
— sugli immobili, 392 e segg. (v. *Espropriazione forzata degli immobili*).

Procedimenti speciali di esecuzione forzata civile (su navi; su automobili; per crediti fondiarii, etc.), 110.

Processo (v. *Procedimenti*).

Procuratori legali.
Fondamento del ministero dei —, 206.
Ordinamento dei —, 206.
Quando il ministero dei — è necessario e quando non lo è, 206.
— ed il gratuito patrocinio, 206.
La procura legale (requisiti e forme), 207.
Funzioni dei — nel procedimento di cognizione, 207, 208.
Rinuncia, revoca, morte dei —; effetti, 207, 220.
Natura del rapporto che intercorre tra i — e le parti, 208.
Poteri, diritti ed obblighi dei —, 208, 237, 264.
Poteri dei — in ordine alla ammissione del fatto, 237.
La distrazione delle spese a favore dei —, 265.
Offerta agli incanti da parte dei

—, per persona da nominare, 398.

Pronuncie (del giudice).
Natura delle —, 46.
— come modo di attuazione di sanzioni, 46 e segg.
— con contenuto dichiarativo (dichiarative, di accertamento), 47.
— dichiarative come elementi di pronuncie complesse, 48.
— dichiarative, come attuazione completa di sanzioni, 49.
— dichiarative, come esclusione di applicabilità di sanzioni (l'assoluzione), 49.
— dichiarative, con carattere stromentale, 51.
— con contenuto costitutivo (v. *Provvedimenti*).
— come presupposto dell'esecuzione, 51.
— come oggetto dei procedimenti ordinarii di cognizione civile, 152.
— finale di merito; contenuto, natura, forma, effetti, 223, 262.
Natura e contenuto delle — in ordine ai conflitti collettivi di lavoro, 143.

Pronuncie degli arbitri.
Requisiti delle —, 127.
Deposito presso la pretura delle —, 127.
Il decreto d'esecutorietà delle — e i suoi effetti, 127, 128.
Impugnative contro le —, 127.
L'azione di nullità contro le —, 127.
La revocazione contro le —, 127.
Effetti dell'annullamento delle —, 127.
Natura delle — liberi, 131.
Impugnazione delle — liberi, 131.
— come titoli esecutivi, 127, 330.

Propalazione.
Significato e funzione, 105, 385.
Natura e contenuto della —, 386.
Forme della —, 386.
Effetti della —, 386.
Contestazione sulla —, 386.
Responsabilità per falsa —, 386.
Rifiuto di rendere la —, 387.
Le spese del giudizio di —, 389.

Prova.
Funzione della —, 238.
Onere della —, 90, 236 e segg.
Apprezzamento della — da parte del giudice, 238, 239.
— legale, 238.
— diretta, 239.
— indiretta; concetto, casi ed esempi, 239.
— indiziaria, 239.
— contraria, 239.
I mezzi di —, 240 e segg.
Mezzi di — precostituiti, 241, (v. *Prove precostituite*).
Mezzi di — semplici, 242, (v. *Prove semplici*).
Effetti della perenzione sulla — raccolta, 214.
La precostituzione o la rinuncia di —, come atti di disposizione dell'azione o dell'eccezione, 72.

Prove precostituite.
Significato, 241.
Facoltà delle parti di formarsi le —, 90, 92.
La formazione di — come mezzo preventivo di tutela dei diritti, 134.
Provvedimenti e procedimenti cautelari in ordine alla formazione di —, 97.
La produzione delle —, 241.
L'acquisizione al processo delle —; suoi effetti, 241.
Atto pubblico e scrittura privata come —, 247 e segg. (v. *Atto pubblico; Scrittura privata*).
Ulteriori casi ed esempi di — e di mezzi per precostituire delle prove, 253 e segg.
— nei procedimenti per decreto, 96.

Prove semplici.
Significato, 242.
Condizioni d'ammissibilità delle —; natura, forma, termini; concludenza, rilevanza, 242.
Onere della deduzione delle —, 242.
Schema della procedura per la ammissione delle —, 242.
Schema della procedura per l'esecuzione delle —, 242
Onere della produzione del verbale d'esecuzione delle —, 242

(v. *Prova testimoniale; Accesso giudiziale; Perizia*).

Prova testimoniale.
Significato e funzione della —, 256.
Oggetto della —, 256.
Limiti d'ammissibilità della —, 256.
Deduzione ed ammissione della 256.
La — contraria, su fatti nuovi; sua deduzione ed ammissione, 256.
Modulo esemplificativo di una deduzione di —, 317.
Esecuzione della —; termini, decorrenza, modalità, 322, 323.
Verbali della —, 323.

Prova a futura memoria.
La — come mezzo preventivo di tutela di diritti, 134.

Provvedimenti (del giudice).
Formazione dei —, 33, 85.
Le forme dei —, 307.
Effetti dei —, 71, 85.
— dichiarativi (d'accertamento), 46 e segg. (v. *Pronuncie*).
— costitutivi, 50.
— costitutivi che attuano sanzioni penali, 50.
— costitutivi che attuano sanzioni civili, 50.
Tipi diversi di — costitutivi, 50.
Casi incerti di — costitutivi, 50.
— di condanna, 52.
Natura e contenuto dei — di condanna, 52.
— penali di condanna, 52.
— civili di condanna, 52.
— civili di condanna, contenenti una conversione dell'obbligazione originaria, 52.
— di condanna, come titolo per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale, 52.
— di condanna, con riserva, 153, 182, 330.
— di condanna, come titoli esecutivi, 52, 57, 103, 330.
Natura e scopo dei — cautelari, 97, 147.
Natura dell'azione privata in ordine ai — cautelari, 97.
Casi e tipi di — cautelari, 97.
— di volontaria giurisdizione, 140 e segg. (v. *Giurisdizione volontaria*).
— in ordine alle eccezioni pregiudiziali di rito; forme, effetti, efficacia, 230.

Provvedimenti di giurisdizione volontaria (v. *Giurisdizione volontaria*).

Provvisoria esecuzione (*delle sentenze*).
— di diritto, 330.
Casi in cui si può concedere la —, 271.
Il patto di non chiedere la — come atto di disposizione dell'azione, 72.
— come fonte di responsabilità per danni, 94.
— e l'inerzia delle parti, 215.
Riforma di sentenze munite della clausola di —; effetti, 292 e segg.

Pubblica amministrazione.
— come soggetto attivo e passivo di azioni civili, 31, 98, 99.
Atti d'impero e atti di gestione della —, 98, 99.
Esecutorietà degli atti di impero della —, 98, 99.
La tutela dei diritti subbiettivi di fronte alla —, 99.
La tutela degli interessi occasionalmente protetti, di fronte alla —, 100.
La discrezionalità della — in ordine agli interessi semplici, 101.
Determinazione della competenza per territorio, quando sia parte una — dello Stato, 185.

Pubblico Ministero.
— come organo dell'azione pubblica, 41, 90.
Sanzioni civili applicabili su richiesta del —, 43, 90, 164.
— come eventuale soggetto dei procedimenti, 84, 85, 164.
Poteri strumentali del —, 85, 90.
Funzioni e poteri del — nella cognizione penale, 90.
— nei procedimenti di volontaria giurisdizione, 140 e segg.
Intervento in cause civili del —, 164.
Posizione, funzioni e poteri del — nei procedimenti civili, 164.

Pubblici servizi.
Beni destinati a — ed espropriazione forzata particolare, 335.

Q

Querela.
Azione pubblica su — di parte, 42, 91.
Effetti sulla — dell'esercizio dell'azione civile, 147.

Querela di falso.
Scopo ed effetti della —, 248.
— in ordine agli atti pubblici, 248.
— in ordine alle scritture private sottoscritte e riconosciute, 250.
Competenza in ordine alla —, 180.
Procedura in ordine alla —; caratteri, 248.

Questioni.
Significato, 69.
— dipendenti; effetti dell'annullamento o della riforma, 287, 294.

Questioni pregiudiziali o incidentali.
— di rito, 228, 229.
— di merito, 231, 233.
— nell'esecuzione di prove semplici, 242.
— nel giudizio d'appello, 285.
Modi di risoluzione delle —, 211.

R

Rapporto giuridico.
Cenni sulla nozione di —, 12.
— con pluralità di soggetti, 12, 85, 155.
— processuale, 85.
Unità del — processuale, 86, 195, 196.
Effetti del regolamento di competenza e della cassazione con rinvio sul —, 190, 192.
Unità del — processuale e suoi effetti rispetto alla nullità degli atti del giudizio, 195, 196.
Nascita del — processuale, 210.

Rappresentanza (in genere).
— delle persone giuridiche, 21, 22, 194.
L'organo e l'ufficio nella — della persona giuridica, 22, 194.
— degli incapaci, 25, 194 e segg.

Rappresentanza od assistenza in giudizio.
Prescrizioni legali in ordine alla —, 201.
Rappresentanza necessaria (minori, interdetti, persone giuridiche, etc.), 201.
Assistenza necessaria (minori emancipati, inabilitati), 201.
Rappresentanza volontaria, 203.
— dei patrimoni autonomi, 202.
— illegittima e conversione del processo, 193, 200.
Influenza del difetto di — sugli atti processuali, 195, 196.
Mutamento di — e suoi effetti sul procedimento in corso, 222.
— per ministero di procuratori legali ed avvocati, 206 e segg. (v. *Avvocati; Procuratori legali*).

Regolamento di competenza (v. *Competenza*).

Regolamento convenzionale delle proprie ragioni.
Casi d'inammissibilità di —, 121.

Regole d'esperienza.
Scienza delle — da parte del giudice, 224.

Rendiconto.
Competenza territoriale in ordine alle azioni di —, 185.

Rendite perpetue, temporanee, vitalizie.
Determinazione del valore delle controversie in ordine a —, 183.
Assegnazione ai creditori di —, 390.

Reparto.
Nozione, fondamento e funzione del giudizio di —, 326, 344.
Le parti del giudizio di —; loro funzioni, 351.
Formazione dello stato di —; ordine di collocazione, 379.
Attuazione del —; forme e modalità, 380.
Contestazioni sul —, 380, 382, 389.
— nell'espropriazione immobiliare, 400 e segg. (v. *Graduazione*).
— fallimentare, 112.

Residenza.
— del convenuto agli effetti della competenza per territorio, 185.
— agli effetti delle notificazioni, 313.

Responsabilità per danni.
— da lite temeraria, 94, 96, 263.
— da esecuzione di sentenze provvisoriamente esecutive, 94, 96.
— in ordine ai procedimenti di esecuzione forzata, 108, 325, 366.
— nel fallimento, 113.
— in ordine alla difesa stragiudiziale delle proprie ragioni, 117.
— degli arbitri, 125.
— per falsa propalazione, 386.

Revocazione.
Motivi che possono far luogo alla —, 290.
Sentenze suscettibili di —, 290.
— contro le pronuncie degli arbitri, 127.
Come e presso qual giudice va proposta la —, 191, 290.
Decorso dei termini per proporre —, 290.
Effetti dell'accoglimento della —, 290.
Estensibilità al merito del giudizio di —, 290.
Effetti della perenzione nei giudizi di —, 215.

Riconvenzione.
Nozione di —, 153.
— e la competenza per connessione, 187.
Influenza della — sulla materia del contendere, 226.
Limiti della proponibilità della —, 226.

Ricorso.
Funzione, requisiti, effetti del —, 306.
— d'illegittimità contro gli atti amministrativi, 100.
— per cassazione, (v. *Cassazione*).

Ricusazione del giudice, 173.

Rinvii della causa.
Regime dei —, 315.

Rinvio (v. *Giudizio di* —).

Rinuncia.
— all'azione o all'eccezione, 72 (v. *azione privata, eccezione*).
— alle azioni ed eccezioni, come modo di difesa stragiudiziale delle proprie ragioni, 119.
— all'azione o all'eccezione e suoi effetti sul procedimento, 218.
— ad una domanda od eccezione già proposta; suoi effetti, 218.
— agli atti del giudizio, 217 (v. *Rinuncia agli atti del giudizio*).

Rinuncia agli atti del giudizio.
Significato e natura, 217.
Effetti della — sul procedimento, 217.
L'accettazione della —; quando non è necessaria, 217, 318.
Effetti della — rispetto all'azione e all'eccezione, nonchè alle pronuncie emesse, 217.
Capacità, poteri, forma in ordine alla —, 217.
Le spese in caso di —, 217.

Risoluzione dei contratti.
— come modo di difesa stragiudiziale delle proprie ragioni, 116.

Riunione di cause.
Scopo ed effetti della —, 153, 157.
Norme per determinare la — connesse, 187.
Deroghe alla competenza ordinaria, per consentire la — connesse, 186, 187.
Quando si può ancora far luogo alla —, 188.
Decisione di contestazioni in ordine alla —, 227.
Il regime delle impugnative in seguito a — in primo grado, 275 e segg.

Rivendita forzata.
Fondamento e carattere della —, 404.
Chi può promuovere la —, 404.
Procedimento di —, 404.
Effetti della —, 404.
Posizione dei creditori rispetto alla —, 404.
Le spese del giudizio di —, 404.

Ruoli d'imposta.
— come titoli esecutivi, 103, 110, 331.

S

Sanzioni.
— e loro applicazione, come materia di giustizia, 3, 32.
— come applicazione di norme giuridiche a casi concreti, 33.
— come corrispondenti di azioni, 64.
— a scopo afflittivo (penali), 36, 38, 39.
— a scopo restitutivo o reintegrativo o di riparazione (civili), 37, 38, 39.
Formulazione delle — civili e penali, 45.
Differenza di direzione delle — civili e penali, 38.
Differenze del modo d'attuazione delle — civili e penali, 39.
Differenza di condizioni per l'applicazione delle — civili e penali, 38, 40 e segg., 42.
Concorso di — civili e penali, 44.
L'iniziativa per l'applicazione delle —, 40.
Condizioni generali per l'applicazione delle —, 34.
Paradigma logico per l'applicazione delle —, 33.
— applicabili su iniziativa del giudice (d'ufficio), 40.
— applicabili su azione pubblica, 41, 43.
— applicabili su istanza di parte (azione privata), 42, 43, 90.
L'azione privata civile come diritto di provocare l'applicazione di — civili a carico d'altri, 61.
L'azione privata come condizione (normale) per l'applicazione di — civili, 42, 60.
I procedimenti come mezzo per l'applicazione concreta di —, 84.
Contenuto specifico delle —, 46 e segg.
— che si attuano con la sola pronuncia del giudice, 46 e segg.
— che si attuano in via d'esecuzione, 46, 51, 53 e segg.
— che si attuano con pronuncia dichiarativa, 49.
— che si attuano con provvedimenti costitutivi, 50.
— che si attuano con esecuzione universale (concorsuale), 53 e segg.
— che si attuano con esecuzione particolare, 53, 56.
— che si attuano « in natura », 53, 59, 103.
— che si attuano mediante una sostituzione (soddisfacimento in danaro), 53, 103.
I diritti di prelazione rispetto all'applicazione delle — civili, 58.
L'autorità di cosa giudicata rispetto alle —, 47.

Scissione di procedimenti simulati.
Casi di —, 157.
— per effetto di separate impugnative, 275 e segg.

Scrittura privata.
Nozione di —, 250.
Estremi legalmente rilevanti della —, 250.
Efficacia probatoria della —, 250.
Sottoscrizione della —, 250.
Riconoscimento, disconoscimento e verificazione della — sottoscritta, 250.
Il verbale di conciliazione delle parti come — riconosciuta, 120.
Limiti della prova contraria relativamente alla — sottoscritta e riconosciuta (casi ed esempi), 250.
Limiti obbiettivi dell'efficacia probatoria della —, 250.
Limiti subbiettivi dell'efficacia probatoria della —, 250.
Efficacia probatoria della data della —, 250.
La prova della data della — nei confronti dei terzi, 250.
— autenticata; sua efficacia, 251.
L'esibizione della —, 252.
La copia della —; limiti della sua efficacia probatoria, disconoscimento, verificazione ecc., 252 e segg.
— come titolo esecutivo, 103, 358.
v. *Telegramma; Libri dei commercianti; Fotografia; Stampa*

Sentenze (in genere).
Principio dell'impugnabilità di tutte le sentenze, 191, 213.
La forma della —, 307.
I motivi e il dispositivo delle —, 307.
La pubblicazione delle —, 307.
La notificazione delle —; modalità, 320.

Nullità della —; impugnative, 308.
Le nullità intrinseche della — come motivi di cassazione, 286.
— soggette ad appello, 281.
— impugnabili per cassazione, 287.
— suscettibili di revocazione, 290.
Concorso e coordinamento di più — nella formazione del titolo esecutivo e della pronuncia finale (casi ed esempi), 223, 292 e segg.
Riforma o annullamento di — esecutive; effetti, 292 e segg.
— provvisoriamente esecutive di diritto, 330.
— di condanna come titoli esecutivi, 330.

Sentenze definitive.
Contenuto delle —, 211.
— del merito, 213, 223, 262.
— del processo, 213.
— non notificate e la chiusura (estinzione) dei procedimenti, 213, 215.
— e la perenzione del processo, 215.
Impugnabilità delle —, 191, 211 e segg., 271 e segg.
Passaggio in giudicato e irrevocabilità delle —, 213.

Sentenze interlocutorie.
Contenuto e funzione delle —, 211, 213.
— e la perenzione del processo, 215.
Perenzione delle impugnative da — provvisoriamente esecutive, 215.
Irrevocabilità delle —; effetti, 213.
Impugnazione delle —, 191, 211 e segg., 271 e segg., 320.
Riforma o annullamento di — provvisoriamente esecutive; effetti, 292 e segg.

Sentenze arbitrali (v. *Pronuncie degli arbitri*).

Sentenze ecclesiastiche.
Esecutorietà delle —, 138, 139.

Sentenze straniere (v. *Delibazione di —*).

Sentenza dichiarativa di fallimento
— come provvedimento costitutivo stromentale, 54.
— come provvedimento emanabile di ufficio, 55.
Effetti della —, 111.
Opposizione alla —, 111.

Sentenza di retrodatazione del fallimento, 112.

Sentenza d'autorizzazione a vendere, 396 (v. *Vendita giudiziale*).

Sentenza di vendita. 399. (*v. Vendita giudiziale*).
Le nullità della —, 405.

Sentenza di omologazione della graduazione, 402 (v. *Graduazione*).

Separazione (Azione in —).
Significato e funzione, 384.
Natura dell'azione in —, 384.
Per quali diritti si può esperire —, 384.
Domanda per — e relativo procedimento; forme, 384.
Sospesione della esecuzione in seguito ad —, 384, 406.
L'onere della prova nella —, 384.
Accoglimento della —; effetti, 384.
Limiti di proponibilità dell' —, 384.
— tardiva e opposizione sul prezzo, 384.
— nei procedimenti di esecuzione immobiliare, 406.

Sequestratario.
Funzione del —, 97.
— degli immobili pignorati, 392.

Sequestro (in genere).
Il — come provvedimento cautelare, 97.

Sequestro conservativo.
Scopo e fondamento del —, 97.
Schema fondamentale dei procedimenti per —, 97.

Sequestro esecutivo immobiliare, 392 e segg. (v. *Pignoramento*).

Sfratto.
Competenza in ordine alle azioni di —, 180, 185.
Schema fondamentale del procedimento di —, 96.
La licenza di — convalidata come titolo esecutivo, 103.

Simulazione.
— nel processo ed impugnative tra le parti, 298.

Soci (Azione fra —).
Competenza territoriale in ordine all'—, 185.
Soggetti di diritto.
Significato, 17.
Le persone fisiche come —, 18.
Le persone giuridiche come —, 20 e segg.
Lo Stato come soggetto di diritto, 27 e segg.
Soggetti dei procedimenti.
Il giudice e le parti come —, 84, 86, 154.
— e soggetti dell'azione, 154.
Il pubblico ministero come eventuale —, 164.
Soggezione.
— come correlativo di diritti soggettivi, 9, 45, 61.
— come correlativo del diritto d'azione, 61.
Sospensione dell'esecuzione.
Quando si fa luogo alla —, 361, 372, 382, 384.
— per deposito della somma, 372.
Sostituto processuale.
— come parte del processo, 205.
Sostituzione processuale.
Significato e concetto di —, 205.
Fondamento ed effetti della —, 205.
Casi ed esempi di —, 159, 160, 163, 205.
Spedizione della causa, 317.
Spese giudiziali.
Cause delle —, 94.
La condanna nelle —, 94, 263.
Rilevanza pratica del fenomeno delle —, 94, 148.
— nei procedimenti per decreto, 96.
— nei procedimenti cautelari, 97.
— nei procedimenti di esecuzione civile, 108.
— nei procedimenti con pluralità di parti, 263.
— dei giudizi perenti, 216.
— in caso di rinuncia agli atti, 217.
— nel fallimento, 112, 113.
— quando il giudice declina di conoscere del merito, 263.
— delle fasi o degli atti provocati da errore del giudice, 263.
— rispetto alle singole fasi del processo, 263.
Obbligo di provvedere d'ufficio in ordine alle —, 263.
Omissione di provvedere sulle —; rimedii, 263.
La liquidazione delle —, 264.
La distrazione delle — a favore dei procuratori ed avvocati, 265.
Collocazione delle — nello stato di reparto e di graduazione, 379, 401.
Compensazione delle —, 263.
Stampa.
Efficacia probatoria delle riproduzioni a —, 255.
Stato.
Richiami alla nozione di —, 27 e segg.
— come fonte del comando e come autore del diritto positivo (legislatore), 6, 7, 17.
— come persona giuridica, 23, 27 e segg.
La sovranità dello —, 28.
La sfera d'azione della sovranità dello —, 29.
— come dispensatore di giustizia, 28, 30.
— come soggetto di diritto, 27 e segg.
Determinazione della competenza per territorio, quando sia parte una amministrazione dello —, 185, 191.
La rappresentanza in giudizio dello —, 201.
Stima.
— del valore agli effetti della competenza, 184.
— dei mobili da vendere, 375.
— degli immobili da vendere, 395.
Stipendi.
Impignorabilità degli —, 110, 336.
Successione.
Competenza per territorio in ordine ad azioni in materia di —, 185.
— nel procedimento, 163, 204, 221.
Surrogazione.
— del creditore procedente nell'esecuzione mobiliare, 349, 383.
— del creditore procedente, nell'esecuzione immobiliare, 407.
— del custode di cose pignorate, 371.

T

Telegramma.
— come copia di scrittura privata, 253.
Efficacia probatoria del —, 253.
Presunzione inerente all'originale del —; effetti, 253.
Tentativo di conciliazione, 120.
Termini processuali.
Funzione dei —, 304.
— dilatorii, finali, perentorii, prorogabili, comminatorii, 304.
— a comparire, 308.
Terzo datore di ipoteca, 58, 106.
Terzo pignorato.
Situazione giuridica del —, 385.
La dichiarazione del —, 385 e segg. (v. *Propalazione*).
Responsabilità del — per falsa dichiarazione, 386.
Terzo proprietario (terzo possessore).
Effetti dei diritti di prelazione speciali nei confronti del —, 38, 58.
L'espropriazione contro il —, 106.
Testimoni.
Figura giuridica dei —, 170.
Dovere di prestarsi come, 256.
Oggetto e limiti delle deposizioni dei —, 256.
Lista dei —; notificazione, termini, 323.
Citazione ed esame dei —, 323.
Titoli di credito.
Pignoramento e vendita di —, 374.
Titolo esecutivo.
Nozione di —, 325, 329.
— come presupposto dell'esecuzione particolare, 57, 59, 103, 324 e segg.
— come condizione sufficiente per agire in esecuzione, 325.
Elementi e contenuto del —, 325, 329.
Esigibilità e liquidità del credito, in relazione alla formazione del —, 329, 334.
Documento del —, 329, 332, 333.
— giudiziale, 57, 103, 120, 127, 330, 357.
— complesso, 292 e segg., 330.
— di formazione amministrativa, 103, 331.
— negoziale, 103, 332, 357, 358.
Copia del —; spedizione, notificazione, etc., 333, 357.
Integrazione del —, 334.
Prova della legittimazione a valersi del —, 334.
La notificazione del —, 339, 355, 357, 358.
Funzione ed effetti della notificazione del —, 359, 360.
Nullità di notificazione del — e sanatoria, 363.
Effetti della notificazione del — costituito da decreto ingiuntivo, 360.
Limiti dell'opposizione a precetto quando il — è costituito da provvedimento impugnabile, 365.
Transazione.
— come negoziazione dell'azione e dell'eccezione, 72, 118.
— come forma di difesa stragiudiziale delle proprie ragioni, 118.
Effetto della — rispetto all'azione, 118.
Efficacia preclusiva della —, 118.
— e rinuncia, 119.
Trascrizione.
— del precetto immobiliare; nozione e forme, 105, 392.
Effetti della — del precetto immobiliare, 392.
— del precetto immobiliare e di alienazioni anteriori, 392.
— del precetto immobiliare e le iscrizioni ipotecarie, 392.
— della sentenza di vendita, 399.
— della vendita giudiziale e di alienazioni precedenti, 342.
Trattazione e trattabilità del merito (v. *Merito*).
Tribunale.
Composizione del —, 171.
Il circondario come circoscrizione del —, 172.
La competenza per materia e valore del —, 180.
La competenza per territorio del —, 185.
Competenza del — in ordine all'appello da sentenze del pretore, 191.
Attribuzioni e competenza del — nell'esecuzione immobiliare, 394.

Necessità del ministero di procuratori legali nei procedimenti avanti ai —, 206.

U

Udienza.
— presidenziale e collegiale, 314.
Descrizione di una —, 314.
Ufficiale giudiziario.
Funzioni e poteri dell'— e loro limiti, 168, 169, 210, 311, 368, 370.
— e responsabilità per la nullità o vizi degli atti da lui compiuti, 302.
La competenza dell'—, 311, 368, 370.
Ufficio di conciliazione.
Composizione dell'—, 171.
Il Comune come circoscrizione dell'—, 172.
La competenza per materia e valore dell'—, 180.
La competenza per territorio dell'—, 185.
Attribuzioni e poteri dell'— nell'esecuzione mobiliare, 368, 369.
Usciere (v. *Ufficiale giudiziario*).

V

Valore (v. *Competenza per materia e valore*).
Vendita giudiziale.
Significato, 342.
Effetti e risultati della —, 104, 342, 343.
Versamento ai creditori del ricavo della —; natura del provvedimento relativo, 345.
— dei mobili, 105, 109, 342, 374 e segg.
L'ordine di — dei mobili; contenuto e forma, 375.
Abbreviazione del termine per la — dei mobili, 375.
Ufficio che provvede alla — dei mobili, 375.
Il bando di — dei mobili, 375 (v. *Bando*).
Forme della — dei mobili, 376 (v. *Incanto*).
Verbale di —, 376, 398.
— di mobili e deposito del prezzo ricavato, 376.
Impugnativa di nullità della —; effetti, 382.
Sospensione della —, 382.
Sospensione della — per azione in separazione, 384.
— degli immobili, 105, 342, 395 e segg.
Citazione per la — di immobili; contenuto, 395, 396.
Condizioni della — di immobili, 395, 396.
Il giudizio di autorizzazione alla — di immobili, 396.
Sentenza che autorizza la — di immobili; contenuto ed effetti, 396.
Il bando per la — di immobili; contenuto, forme, notificazioni, 397 (v. *Bando*).
Forme e modalità della — di immobili, 398 (v. *Incanto*).
La sentenza di —; natura, contenuto, effetti, 399.
Trascrizione della — e trascrizione di alienazioni antecedenti, 342.
Vendita stragiudiziale.
— dei beni gravati da pegno commerciale, 109, 117.
— di mobili, nella compravendita commerciale, 117.
Vendita a trattative private, 112.